بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد
ت ٥٩٥ هـ

حققه وضبطه وعلق عليه
د. علي بن محمد بن ونيس
ومعه فريق من الباحثين

المجلد الرابع

من كتاب العقيقة إلى كتاب العرية

دار ابن الجوزي

بداية المجتهد
ونهاية المقتصد

٤

ح دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ١٤٤٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الحفيد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
بداية المجتهد ونهاية المقتصد./ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد؛ علي بن محمد بن ونيس.- الدمام، ١٤٤٢هـ
٦مج.
ردمك: ٢ ـ ٨٦ ـ ٨٢٩٨ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة)
ردمك: ٩ ـ ٩٠ ـ ٨٢٩٨ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (ج٤)
١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب أ. ابن ونيس، علي بن محمد (محقق) ب. العنوان
ديوي ٢٥٨ ١٤٤٢/٥٠١١

الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ

الباركود الدولي: 9786038298862

دار ابن الجوزي
للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية:
الدمام - حي الريان - شارع عثمان بن عفان
ت: ٠١٣٨٤٢٨١٤٦ - ٠١٣٨٤٦٧٥٩٣
٠١٣٨٤١٢١٠٠
ص ب. واصل: ٨١١٤
الرمز البريدي: ٣٢٢٥٦
الرقم الإضافي: ٤٩٧٣
الرياض - ت: ٠٥٩٢٦٦٢٤٩٥
جوّال: ٠٥٠٣٨٥٧٩٨٨
الأحساء - ت: ٠١٣٥٨٨٣١٢٢
جدة - ت: ٠١٢٦٨١٤٥١٩
جوّال: ٠٥٨٣٠١٧٩٥١

لبنان:
بيروت - ت: ٠٣/٨٦٩٦٠٠
فاكس: ٠١/٦٤١٨٠١

مصر:
القاهرة - تلفاكس: ٠٢٤٤٣٤٤٩٧٠
جوّال: ٠١٠٠٦٨٢٣٧٣٨٨

aljawzi@hotmail.com
+966503897671
aljawzi
eljawzi
aljawzi.net

بداية المجتهد

ونهاية المقتصد

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد

ت ٥٩٥ هـ

حققه وضبطه وعلق عليه

د. علي بن محمد بن ونيس

ومعه فريق من العلماء والباحثين

المجلد الرابع

العقيقة - الأطعمة والأشربة - النكاح - الطلاق -

الإيلاء - الظهار - اللعان - الإحداد - البيوع - العرية

فقرة (١٤٧٥ - ٢١٧٣/د)

دار ابن الجوزي

بسم الله الرحمن الرحيم

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ، وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ الْعَقِيقَةِ

وَالْقَوْلُ الْمُحِيطُ [ج/٢٠٩و] بِأُصُولِ هَذَا الْكِتَابِ(٢) يَنْحَصِرُ فِي سِتَّةِ أَبْوَابٍ:

الباب الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ حُكْمِهَا.

الثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ مَحَلِّهَا.

والثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ مَنْ يُعَقُّ عَنْهُ وَكَمْ يُعَقُّ.

والرَّابعُ: فِي مَعْرِفَةِ وَقْتِ هَذَا النُّسُكِ.

والْخَامِسُ: فِي سِنِّ(٣) هَذَا النُّسُكِ، وَصِفَتِهِ.

والسَّادِسُ: فِي حُكْمِ لَحْمِهَا وَسَائِرِ أَجْزَائِهَا.

١٤٧٥ فَأَمَّا حُكْمُهَا: فَذَهَبَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمُ الظَّاهِرِيَّةُ إِلَى أَنَّهَا وَاجِبَةٌ(٤).

وَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّهَا سُنَّةٌ(٥).

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ فَرْضًا وَلَا سُنَّةً(٦).

---

(١) ما بين القوسين من (م).
(٢) في (أ)، (ج): «الباب».
(٣) ليست في (أ).
(٤) قال ابن حزم: «العقيقة فرض واجبٌ، يجبر الإنسان عليها، إذا فضل له عن قوته مقدارها». «المحلى» (٦/ ٢٣٤).
(٥) ينظر: المالكية: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٨٩)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ١٢٦).
والشافعية: «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٧٠)، «نهاية المحتاج» (٨/ ١٤٥).
والحنابلة: «كشاف القناع» (٣/ ٢٤)، «مطالب أولي النهى» (٢/ ٤٨٩).
(٦) «بدائع الصنائع» (٥/ ٦٩).

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ تَحْصِيلَ مَذْهَبِهِ أَنَّهَا عِنْدَهُ تَطَوُّعٌ[(١)].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَعَارُضُ مَفْهُومِ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ، وَذَلِكَ: أَنَّ ظَاهِرَ حَدِيثِ سَمُرَةَ، وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**كُلُّ غُلَامٍ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ، تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ، وَيُمَاطُ عَنْهُ الْأَذَى**»[(٢)]، يَقْتَضِي الْوُجُوبَ.

وَظَاهِرُ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ، وَقَدْ سُئِلَ عَنِ الْعَقِيقَةِ، فَقَالَ: «**لَا أُحِبُّ الْعُقُوقَ، وَمَنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ، فَأَحَبَّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ**»[(٣)] ـ يَقْتَضِي النَّدْبَ أَوِ الْإِبَاحَةَ:

فَمَنْ فَهِمَ مِنْهُ النَّدْبَ، قَالَ: الْعَقِيقَةُ سُنَّةٌ.

وَمَنْ فَهِمَ الْإِبَاحَةَ، قَالَ: لَيْسَتْ بِسُنَّةٍ وَلَا فَرْضٍ[(٤)].

وَخَرَّجَ الْحَدِيثَيْنِ: أَبُو دَاوُدَ. وَمَنْ أَخَذَ بِحَدِيثِ سَمُرَةَ أَوْجَبَهَا.

١٤٧٦ وَأَمَّا مَحَلُّهَا: فَإِنَّ جُمْهُورَ [م/١٤١ظ] الْفُقَهَاءِ[(٥)] عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْعَقِيقَةِ إِلَّا مَا يَجُوزُ فِي الضَّحَايَا مِنَ الْأَزْوَاجِ الثَّمَانِيَةِ.

---

(١) ينظر: «الدر المختار، وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٣٦)، حيث قال: «ثم يعق عند الحلق عقيقة إباحة على ما في الجامع المحبوبي، أو تطوعًا على ما في شرح الطحاوي».

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٣٨)، والنسائي (٧/ ١٦٦)، والترمذي (١٥٢٢)، وابن ماجه (٣١٦٥)، وأحمد (٧/ ٥ ـ ٨، ١٢، ١٧، ١٨، ٢٢)، من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة، مرفوعًا به.
وفي سماع الحَسَن عن سمرة خلافٌ مشهورٌ.

(٣) أبو داود (٢٨٤٢)، والنسائي (٧/ ١٤٥)، وفي «الكبرى» (٤٥٣٨)، عن داود بن قيس، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده؛ مرفوعًا.
وله شواهد. ينظر: «مجمع الزوائد» (٤/ ٥٧)، «نزهة الألباب في قول الترمذي: وفي الباب» (٤/ ٢٢٧٧ ـ ٢٢٨٦).

(٤) «الإشراف» (٣/ ٤٥٠).

(٥) مذهب الحنفية: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٣٦)، حيث قال: «وهي شاة تصلح للأضحية».
=

وَأَمَّا مَالِكٌ[١]: فَاخْتَارَ فِيهَا الضَّأْنَ عَلَى مَذْهَبِهِ فِي الضَّحَايَا.

١٤٧٧ وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ هَلْ يُجْزِي فِيهَا الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ أَوْ لَا يُجْزِي[٢]؟

وَسَائِرُ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَصْلِهِمْ أَنَّ الْإِبِلَ أَفْضَلُ مِنَ الْبَقَرِ وَالْبَقَرَ أَفْضَلُ مِنَ الْغَنَمِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ وَالْقِيَاسِ.

أَمَّا [أ/٢٦٧ظ] الْأَثَرُ: فَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: **«أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَقَّ عَنِ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ كَبْشًا كَبْشًا»**[٣].

وَقَوْلُهُ: **«عَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ، وَعَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ»**[٤]، خَرَّجَهُمَا أَبُو دَاوُدَ.

وَأَمَّا الْقِيَاسُ: فَلِأَنَّهُمَا نُسُكٌ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْأَعْظَمُ فِيهَا أَفْضَلَ، قِيَاسًا عَلَى الْهَدَايَا.

= مذهب المالكية: قال الدردير: «(ذبح واحدة) من بهيمة الأنعام (تجزئ ضحية) فشرطها من سن، وعدم عيب صحة، وكمال كالضحية». «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦)، «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٣٩٠).

مذهب الشافعية: قال الرملي: «(وسنها) وجنسها (وسلامتها) من العيوب (والأكل والتصدق) والإهداء والادخار وقدر المأكول وامتناع نحو البيع وتعيينها بالنذر واعتبار النية فيها (كالأضحية) لشبهها بها في ندبها». «نهاية المحتاج» (٨/ ١٤٦)، «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٧١).

مذهب الحنابلة: قال البهوتي: «(وحكمها)؛ أي: العقيقة (حكم الأضحية في أكثر أحكامها كالأكل والهدية والصدقة)». «كشاف القناع» (٣/ ٣١)، «مطالب أولي النهى» (٢/ ٤٩١).

(١) «الشرح الكبير» (٢/ ١٢١)، «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٣٧٢).

(٢) معتمد المذهب: تجزئ بهيمة الأنعام بأنواعها. ينظر: «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦)، حيث قال: «شرع يتكلم على العقيقة وحكمها، فقال: (وندب) لأب من ماله (ذبح واحدة) من بهيمة الأنعام».

(٣) رواه أبو داود (٢٨٤١)، ولفظه: «عقَّ عن الحسن والحسين كبشًا كبشًا».

(٤) رواه أبو داود (٢٨٣٤)، وصححه ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٢٧٧).

١٤٧٨ **وَأَمَّا مَنْ يُعَقُّ عَنْهُ**: فَإِنَّ جُمْهُورَهُمْ(١) عَلَى أَنَّهُ يُعَقُّ عَنِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى الصَّغِيرَيْنِ فَقَطْ.

وَشَذَّ الْحَسَنُ(٢) [ب/٢٢٦ظ] فَقَالَ: لَا يُعَقُّ عَنِ الْجَارِيَةِ.

وَأَجَازَ بَعْضُهُمْ أَنْ يُعَقَّ عَنِ الْكَبِيرِ(٣).

وَدَلِيلُ الْجُمْهُورِ عَلَى تَعَلُّقِهَا بِالصَّغِيرِ: قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**(تُذْبَحُ عَنْهُ)(٤) يَوْمَ سَابِعِهِ**»(٥).

وَدَلِيلُ مَنْ خَالَفَ: مَا رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَقَّ عَنْ نَفْسِهِ، بَعْدَ مَا بُعِثَ بِالنُّبُوَّةِ»(٦).

---

(١) مذهب المالكية، قال الدسوقي: «(قوله: وسقطت بمضي زمنها إلخ)؛ أي: ولو كان الأب موسرًا فيه، وقيل: إنها لا تفوت بفوات الأسبوع الأول، بل تفعل في الأسبوع الثاني. فإن لم تفعل: ففي الأسبوع الثالث، ولا تفعل بعده». «حاشية الدسوقي» (٢/ ١٢٦).

مذهب الحنابلة: قال البهوتي: «(ولا) يعق (المولود عن نفسه إذا كبر) نصَّ عليه؛ لأنها مشروعةٌ في حق الأب، فلا يفعلها غيره كالأجنبي (فإن فعل)؛ أي: عق غير الأب والمولود عن نفسه، بعد أن كبر (لم يكره) ذلك (فيهما) لعدم الدليل عليها.

قلت: لكن ليس لها حكم العقيقة. (واختار جمع يعق عن نفسه) استحبابًا إذا لم يعق عنه أبوه». «كشاف القناع» (٣/ ٢٥).

وأجاز ذلك الشافعية. ينظر: «الحاوي»، للماوردي (١٥/ ١٢٩)، حيث قال: «وكان الولد مجزئًا في العقيقة عن نفسه، وليس يمتنع أن يعق الكبير عن نفسه».

(٢) روى عبد الرزاق (٤/ ٣٣٢)، عن معمر، عن رجلٍ، عن الحسن قال: «يعق عن الغلام شاة، ولا يعق عن الجارية؛ ليست عليها عقيقة».

(٣) ذهب إلى جواز ذلك: الشافعية، وأهل الظاهر. ومنع المالكية والحنابلة وقد تقدم.

وأما الظاهرية: «المحلى»، لابن حزم (٦/ ٢٣٩)، حيث قال: «فإن قيل: فمن أين أجزتم الذبح بعد السابع؟ قلنا: لأنه قد وجب الذبح يوم السابع، ولزم إخراج تلك الصفة من المال فلا يحل إبقاؤها فيه، فهو دَيْن واجب إخراجه».

(٤) ليست في (م). (٥) تقدم تخريجه.

(٦) قال الحافظ البيهقي في «السُّنن الكبرى» (٩/ ٥٠٥): «وقد روي من وجه آخر عن قتادة، ومن وجهٍ آخر عن أنس، وليس بشيءٍ». اهـ.

=

وَدَلِيلُهُمْ ـ أَيْضًا ـ عَلَى تَعَلُّقِهَا بِالْأُنْثَى: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**عَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ، وَعَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ**»(١).

وَدَلِيلُ مَنِ اقْتَصَرَ بِهَا عَلَى الذَّكَرِ: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**كُلُّ غُلَامٍ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ**»(٢).

وَأَمَّا الْعَدَدُ:

١٤٧٩ فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ اخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣): يُعَقُّ عَنِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِشَاةٍ شَاةٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٥)، وَدَاوُدَ(٦)، وَأَحْمَدُ(٧): يُعَقُّ عَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ، وَعَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمُ:

اخْتِلَافُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ؛ **فَمِنْهَا**: حَدِيثُ أُمِّ كُرْزٍ الْكَعْبِيَّةِ خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ، قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ [ج/٢٠٩ظ] يَقُولُ فِي الْعَقِيقَةِ: «**(عَنِ الْغُلَامِ)(٨) شَاتَانِ مُكَافَأَتَانِ، وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ**»(٩).

= وقال الحافظ في «فتح الباري» (٩/ ٥٩٥): «وكأنه أشار بذلك إلى أن الحديث الذي ورد أن النبي ﷺ عق عن نفسه بعد النبوة لا يثبت، وهو كذلك؛ فقد رواه البزار من رواية عبد الله بن محرر ـ وهو بمهملات ـ عن قتادة، عن أنس، قال البزار: تفرد به عبد الله. وهو ضعيف».اهـ.

(١) تقدم. (٢) تقدم تخريجه.

(٣) «الكافي»، لابن عبد البر (١/ ٤٢٦)، «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٣٨٩).

(٤) «المجموع» (٨/ ٤٢٩)، «أسنى المطالب»، لزكريا الأنصاري (١/ ٥٤٩).

(٥) «الإشراف»، لابن المنذر (٣/ ٤١٥).

(٦) داود الظاهري، والطبري، وهو مروي عن عائشة أيضًا، كما في «الاستذكار» (٥/ ٣١٩).

(٧) «كشاف القناع» (٣/ ٢٤)، «المبدع»، لابن مفلح (٣/ ٢٧٤).

(٨) من (ب).

(٩) رواه أبو داود (٢٨٣٤). وصحَّحهُ ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٢٧٧).

وَالْمُكَافَأَتَانِ: الْمُتَمَاثِلَتَانِ. وَهَذَا يَقْتَضِي الْفَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى.

وَمَا رُوِيَ: «أَنَّهُ عَقَّ عَنِ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ كَبْشًا كَبْشًا(١)»(٢)، يَقْتَضِي الِاسْتِوَاءَ بَيْنَهُمَا.

وَأَمَّا وَقْتُ هَذَا النُّسُكِ:

١٤٨٠ فَإِنَّ جُمْهُورَ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ يَوْمُ سَابِعِ الْمَوْلُودِ(٣)، (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«يُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ»**)(٤).

وَمَالِكٌ لَا يَعُدُّ فِي الْأُسْبُوعِ الْيَوْمَ الَّذِي وُلِدَ فِيهِ إِنْ وُلِدَ نَهَارًا(٥)، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ يَحْتَسِبُ بِهِ(٦).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْعُتْبِيَّةِ»: إِنْ عَقَّ لَيْلًا لَمْ يُجْزِهْ(٧).

١٤٨١ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي مَبْدَأِ(٨) وَقْتِ الْإِجْزَاءِ:

فَقِيلَ: وَقْتُ الضَّحَايَا(٩)؛ أَعْنِي: ضُحًى.

وَقِيلَ: بَعْدَ الْفَجْرِ، قِيَاسًا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْهَدَايَا.

وَلَا شَكَّ أَنَّ مَنْ أَجَازَ الضَّحَايَا لَيْلًا أَجَازَ هَذِهِ لَيْلًا(١٠).

---

(١) من (ج). (٢) تقدم تخريجه.

(٣) مذهب المالكية: «الرسالة»، للقيرواني (ص٨٣)، «الفواكه الدواني»، للنفراوي (١/ ٣٩٣).
مذهب الشافعية: «مغني المحتاج» (٦/ ١٤٠)، «نهاية المحتاج» (٨/ ١٤٧).
مذهب الحنابلة: «المبدع»، لابن مفلح (٣/ ٢٧٤)، «الإقناع» (١/ ٤٠٩).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٥) «الرسالة»، للقيرواني (ص٨٣)، «الفواكه الدواني»، للنفراوي (١/ ٣٩٣).

(٦) ينظر: «الذخيرة»، للقرافي (٤/ ١٦٥).

(٧) ينظر: «التبصرة»، للخمي (٤/ ١٥٨٨).

(٨) ليست في (ج). (٩) «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦).

(١٠) مذهب مالك: المنع من الذبح ليلًا، وتقدم النقل عن ابن القاسم، أما وقت الجواز: =

وَقَدْ قِيلَ: يَجُوزُ فِي السَّابِعِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ[(١)].

وَأَمَّا سِنُّ هَذَا النُّسُكِ وَصِفَتُهُ:

فَسِنُّ الضَّحَايَا وَصِفَتُهَا [أ/٢٦٨و] الْجَائِزَةُ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ يُتَّقَى فِيهَا مِنَ الْعُيُوبِ (مَا يُتَّقَى فِي الضَّحَايَا)[(٢)(٣)]، وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا[(٤)].

= قال الدردير: «(نهارًا) من طلوع الفجر وندب بعد طلوع الشمس». «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦).

ومذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، على جواز الذبح ليلًا؛ قياسًا على الأضاحي، والمستحب بعد طلوع الشمس.

مذهب الحنفية. ينظر: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٢٠)، حيث قال: «(وكره) تنزيهًا (الذبح ليلًا) لاحتمال الغلط». وانظر: «بدائع الصنائع»، للكاساني (٥/ ٦٠).

مذهب الشافعية. ينظر: «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٣٦)، حيث قال: «(ويبقى) وقت التضحية، وإن كره الذبح ليلًا إلا لحاجة أو مصلحة (حتى تغرب) الشمس (آخر) أيام (التشريق)». «مغني المحتاج» (٦/ ١٣٠).

مذهب الحنابلة. ينظر: «كشاف القناع» (٣/ ٩)، حيث قال: «(ويجزئ) ذبح ما ذكر (في ليلتهما)؛ أي: ليلة يومي التشريق الأولين».

(١) مذهب المالكية. ينظر: «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦)، حيث قال: «وقيل: إنها لا تفوت بفوات الأسبوع الأول بل تفعل في الأسبوع الثاني؛ فإن لم تفعل ففي الأسبوع الثالث، ولا تفعل بعده».

مذهب الشافعية. ينظر: «نهاية المحتاج» (٨/ ١٤٦)، حيث قال: «ولا تفوت بالتأخير، وإذا بلغ بلا عقٍّ سقط سن العق عن غيره، وهو مخير فيه عن نفسه».

مذهب الحنابلة. ينظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٥)، حيث قال: «والظاهر: أن التقييد بذلك؛ أي: بالسابع ونحوه استحبابًا، وإلا فلو ذبح عنه في الرابع أو الثامن أو العاشر، أو ما بعده أجزأته والاعتبار بالذبح لا بيوم الطبخ والأكل».

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) الذي يتقى في الضحايا، كما بَيَّن الرسول ﷺ: «**أربع لا تجوز في الأضاحي؛ فقال: العوراء البيِّن عورها، والمريضة البيِّن مرضها، والعرجاء البيِّن ظلعها، والكسيرة التي لا تنقي**». رواه أبو داود (٢٨٠٢).

(٤) نقله ابن حزم في «مراتب الإجماع» (١٥٣)، وابن القطان في «الإقناع» (١/ ١٩٦).

وَأَمَّا حُكْمُ لَحْمِهَا وَجِلْدِهَا:

فَحُكْمُ لَحْمِ الضَّحَايَا فِي الْأَكْلِ وَالصَّدَقَةِ وَمَنْعِ الْبَيْعِ(١).

١٤٨٢ وَجَمِيعُ(٢) الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُدَمَّى رَأْسُ الطِّفْلِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ بِدَمِهَا، وَأَنَّهُ نُسِخَ فِي الْإِسْلَامِ(٣).

---

(١) مذهب الحنفية: «الدر المختار، وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٣٦)، حيث قال: «وهي شاة تصلح للأضحية تذبح للذكر والأنثى؛ سواء فرق لحمها نِيئًا أو طبخه بحموضة أو بدونها مع كسر عظمها أو لا».
أما بيع جلدها: فجائز مع الكراهة. ينظر: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٢٨)، حيث قال: «(فإن) (بِيع اللحم أو الجلد به)؛ أي: بمستهلك (أو بدراهم) (تصدق بثمنه). ومفاده: صحة البيع مع الكراهة، وعن الثاني باطل؛ لأنه كالوقف مجتبى». «درر الحكام»، للمولى خسرو (١/ ٢٧١).
مذهب المالكية: «الشرح الكبير للشيخ الدردير، وحاشية الدسوقي» (٢/ ١٢٦)، حيث قال: «(تجزئ ضحية) فشرطها من سن، وعدم عيب صحة، وكمال كالضحية». «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٤٧).
مذهب الشافعية: «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٤٦)، حيث قال: (والأكل والتصدق) والإهداء والادخار وقدر المأكول وامتناع نحو البيع وتعيينها بالنذر واعتبار النية فيها (كالأضحية) لشبهها بها». «مغني المحتاج» (٦/ ١٣٩).
مذهب الحنابلة: «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٢/ ٤٧٥)، حيث قال: «(ويتصدق ندبًا أو ينتفع بجلدها وجلها)؛ لأنه جزء منها أو تبع لها، فجاز الانتفاع به كاللحم». «المبدع» (٣/ ٢٦٢).
وفي منع البيع: «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٢/ ٤٧٥)، حيث قال: «(وحرم بيع شيء منها)؛ أي: الذبيحة هديًا كانت أو أضحية (ولو) كانت (تطوعًا) لتعيُّنها بالذبح». «الإقناع»، للحجاوي (١/ ٤٠٥).

(٢) في (ج): «وجمهور».

(٣) مذهب الحنفية غير مطلوبة عندهم أصلًا.
مذهب المالكية: «شرح مختصر خليل»، للخِرَشي (٣/ ٤٨)، «التاج والإكليل» للموَّاق (٤/ ٣٩٤).
مذهب الشافعية: «المجموع» (٨/ ٤٣٢)، «طرح التثريب»، للعراقي (٥/ ٢١٦).
مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٣/ ٣٠)، «المبدع»، لابن مفلح (٣/ ٢٧٤).

وَذَلِكَ لِحَدِيثِ [ب/٢٢٧و] بُرَيْدَةَ الْأَسْلَمِيِّ، قَالَ: «كُنَّا فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا وُلِدَ لِأَحَدِنَا غُلَامٌ ذَبَحَ لَهُ شَاةً، وَلَطَخَ رَأْسَهُ بِدَمِهَا؛ فَلَمَّا جَاءَ اللهُ بِالْإِسْلَامِ كُنَّا نَذْبَحُ وَنَحْلِقُ رَأْسَهُ، وَنَلْطَخُهُ بِزَعْفَرَانٍ»(١).

وَشَذَّ الْحَسَنُ(٢) وَقَتَادَةُ، فَقَالَا: يُمَسُّ رَأْسُ الصَّبِيِّ بِقُطْنَةٍ قَدْ غُمِسَتْ فِي الدَّمِ(٣).

وَاسْتُحِبَّ كَسْرُ عِظَامِهَا، لِمَا كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَقْطَعُونَهَا مِنَ الْمَفَاصِلِ(٤).

١٤٨٣ وَاخْتُلِفَ فِي حِلَاقِ رَأْسِ الْمَوْلُودِ يَوْمَ السَّابِعِ، وَالصَّدَقَةِ بِوَزْنِ شَعْرِهِ فِضَّةً(٥):

---

(١) رواه أبو داود (٢٨٤٣)، وقال الحافظ في «التلخيص»: وإسناده صحيح (٤/ ٣٦٣).

(٢) «الإشراف»، لابن المنذر (٣/ ٤١٨).

(٣) «الإشراف» (٣/ ٤١٨).

(٤) كسر عظم الأضحية الحكم فيه على الإباحة؛ إنما الكلام في كسر عظم العقيقة.
مذاهب العلماء في كسر عظم العقيقة:
مذهب الحنفية. ينظر: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٣٦)، حيث قال: «وهي شاة تصلح للأضحية تذبح للذكر والأنثى سواء فرق لحمها نِيئًا أو طبخه بحموضة أو بدونها مع كسر عظمها أو لا».
مذهب المالكية، قال الدَّرْدِير: «(وجاز) (كسر عظامها)، ولا يندب. وقيل: يندب لمخالفة الجاهلية، فقد كانوا لا يكسرون عظامها، وإنما يقطعونها من المفاصل؛ مخافة ما يصيب الولد بزعمهم، فجاء الإسلام بنقيض ذلك». «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦)، «الرسالة»، للقيرواني (ص٨٣).
مذهب الشافعية، قال الرَّمْلِي: «(ولا يكسر عظم) ما أمكن؛ تفاؤلًا بسلامة أعضاء الولد، فإن فعله لم يكره، لعدم ثبوت نهي فيه، لكنه خلاف الأولى». «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٤٧). وينظر: «المجموع»، للنووي (٨/ ٤٢٧).
مذهب الحنابلة، قال البهوتي: «(وينزعها أعضاء ولا يكسر عظمها)»، «كشاف القناع» (٣/ ٣٠)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٨٩).

(٥) اتفق أهل العلم على أنَّ ذلك من السُّنن. =

فَقِيلَ: هُوَ مُسْتَحَبٌّ.

وَقِيلَ: هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَبٍّ.

وَالْقَوْلَانِ عَنْ مالك[١].

وَالِاسْتِحْبَابُ أَجْوَدُ[٢].

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ[٣]؛ لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ، فِي الْمُوَطَّأِ: «أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ رَسُولِ اللهِ ﷺ حَلَقَتْ شَعْرَ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ وَزَيْنَبَ وَأُمِّ كُلْثُومٍ، وَتَصَدَّقَتْ بِزِنَةِ ذَلِكَ فِضَّةً»[٤].

(كَمُلَ كِتَابُ الْعَقِيقَةِ، بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى)[٥] [م/ ١٤٢و]، (وَحُسْنِ عَوْنِهِ)[٦].

= قال الإمام النووي: «يستحب حلق رأس المولود يوم سابعه. قال أصحابنا: ويستحب أن يتصدق بوزن شعره ذهبًا؛ فإن لم يفعل ففضة سواء فيه الذكر والأنثى». «المجموع» (٨/ ٤٣٢).

(١) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٤/ ٣٣٥).

(٢) قال الدردير: «(و) ندب، ولو لم يعقَّ عنه حلق رأس المولود، ولو أنثى، و(التصدق بزنة شعره) ذهبًا أو فضة؛ فإن لم يحلق رأسه تحرَّى زنته». «الشرح الكبير» (٢/ ١٢٦)، «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٣٩٠).

(٣) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٤/ ٣٣٤).

(٤) رواه مالك (٢/ ٥٠١)؛ مرسلًا.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ب)، (ج).

(٦) من (أ).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا، وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ الْأَطْعِمَةِ وَالْأَشْرِبَةِ(٢)

وَالْكَلَامُ فِي أُصُولِ هَذَا الْكِتَابِ يَتَعَلَّقُ بِجُمْلَتَيْنِ:

الْجُمْلَةُ الْأُولَى: نَذْكُرُ فِيهَا الْمُحَرَّمَاتِ، فِي حَالِ الِاخْتِيَارِ.

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: نَذْكُرُ فِيهَا أَحْوَالَهَا، فِي حَالِ الِاضْطِرَارِ.

الْجُمْلَةُ الْأُولَى

وَالْأَغْذِيَةُ الْإِنْسَانِيَّةُ: نَبَاتٌ، وَحَيَوَانٌ.

فَأَمَّا الْحَيَوَانُ الَّذِي يُغْتَذَى بِهِ، فَمِنْهُ حَلَالٌ فِي الشَّرْعِ، وَمِنْهُ حَرَامٌ.

وَهَذَا مِنْهُ بَرِّيٌّ، وَمِنْهُ بَحْرِيٌّ.

وَالْمُحَرَّمَةُ: **مِنْهَا**: مَا تَكُونُ مُحَرَّمَةً لِعَيْنِهَا.

وَمِنْهَا: مَا تَكُونُ لِسَبَبٍ وَارِدٍ عَلَيْهَا.

وَكُلُّ هَذِهِ **مِنْهَا**: مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ، **وَمِنْهَا**: مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ.

فَأَمَّا الْمُحَرَّمَةُ لِسَبَبٍ وَارِدٍ عَلَيْهَا: فَهِيَ بِالْجُمْلَةِ تِسْعَةٌ: الْمَيْتَةُ، وَالْمُنْخَنِقَةُ، وَالْمَوْقُوذَةُ، وَالْمُتَرَدِّيَةُ، وَالنَّطِيحَةُ، وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ، وَكُلُّ مَا نَقَصَهُ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ التَّذْكِيَةِ مِنَ الْحَيَوَانِ الَّذِي التَّذْكِيَةُ شَرْطٌ فِي أَكْلِهِ، وَالْجَلَّالَةُ، وَالطَّعَامُ الْحَلَالُ يُخَالِطُهُ نَجِسٌ.

١٤٨٤ فَأَمَّا الْمَيْتَةُ: فَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى تَحْرِيمِ مَيْتَةِ الْبَرِّ(٣).

---

(١) ما بين القوسين من (م). (٢) من (م).

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٢٧).

١٤٨٥ وَاخْتَلَفُوا فِي مَيْتَةِ الْبَحْرِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

فَقَالَ قَوْمٌ: [ج/ ٢١٠و] هِيَ [أ/ ٢٦٨ظ] حَلَالٌ بِإِطْلَاقٍ[(١)].

وَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ حَرَامٌ بِإِطْلَاقٍ[(٢)].

وَقَالَ قَوْمٌ: مَا طَفَا مِنَ السَّمَكِ حَرَامٌ، وَمَا جَزَرَ عَنْهُ الْبَحْرُ فَهُوَ حَلَالٌ[(٣)].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِم: تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ، وَمُعَارَضَةُ عُمُومِ الْكِتَابِ لِبَعْضِهَا (مُعَارَضَةً كُلِّيَّةً، وَمُعَارَضَتُهُ لبَعْضِهَا مُعَارَضَةً جُزْئِيَّةً)[(٤)]، وَمُوَافَقَتُهُ لِبَعْضٍ.

فَأَمَّا [ب/ ٢٢٧ظ] الْعُمُومُ: فَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وَأَمَّا الْآثَارُ الْمُعَارِضَةُ لِهَذَا الْعُمُومِ: فَحَدِيثَانِ، **أحدهما**: مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، **وَالْآخَرُ**: مُخْتَلَفٌ فِيهِ.

أَمَّا الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ: فَحَدِيثُ جَابِرٍ، وَفِيهِ: «أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَجَدُوا حُوتًا ـ يُسَمَّى الْعَنْبَرَ ـ أَوْ دَابَّةً قَدْ جَزَرَ عَنْهُ الْبَحْرُ، فَأَكَلُوا مِنْهُ بِضْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا، أَوْ شَهْرًا.

ثُمَّ قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَأَخْبَرُوهُ، فَقَالَ: **«هَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ**

---

(١) وهم الجمهور:
مذهب المالكية: «منح الجليل»، لعليش (٢/ ٤٥٢)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٦).
والشافعية: «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٥٠)، «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٧٧).
والحنابلة: «كشاف القناع» (٦/ ١٩٣)، «الإنصاف» (١٠/ ٣٦٤).

(٢) «الاستذكار» (٥/ ٢٨٣).

(٣) مذهب الحنفية، قال ابن عابدين: «(ولا) يحل (حيوان مائي إلا السمك) الذي مات بآفة ولو متولدًا في ماء نجس، ولو طافية مجروحة وهبانية (غير الطافي) على وجه الماء الذي مات حتف أنفه، وهو ما بطنه من فوق، فلو ظهره من فوق فليس بطافٍ؛ فيؤكل كما يؤكل ما في بطن الطافي، وما مات بحرِّ الماء أو برده وبربطه فيه أو إلقاء شيء: فموته بآفة وهبانية». «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٠٦)، «البناية»، للعيني (١١/ ٦٠٩).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

شَيْءٌ؟ فَأَرْسَلُوا مِنْهُ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَأَكَلَهُ»(١).

(وَهَذَا إِنَّمَا يُعَارِضُ الْكِتَابَ مُعَارَضَةً كُلِّيَّةً بِمَفْهُومِهِ(٢) لَا بِلَفْظِهِ)(٣).

والْحَدِيثُ الثَّانِي: مَا رَوَاهُ مَالِكٌ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَاءِ الْبَحْرِ، فَقَالَ: «**هو الطَّهُورُ مَاؤُهُ، الْحِلُّ مَيْتَتُهُ**»(٤).

وَأَمَّا الْحَدِيثُ الْمُوَافِقُ لِلْعُمُومِ (مُوَافَقَةً جُزْئِيَّةً)(٥)، فَمَا رَوَى إِسْمَاعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**مَا أَلْقَى الْبَحْرُ، أَوْ جَزَرَ عَنْهُ فَكُلُوهُ، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلُوهُ**»(٦).

وَهُوَ حَدِيثٌ أَضْعَفُ عِنْدَهُمْ مِنْ حَدِيثِ مَالِكٍ.

وَسَبَبُ ضَعْفِ حَدِيثِ مَالِكٍ: أَنَّ (فِي رُوَاتِهِ)(٧) مَنْ لَا يُعْرَفُ، وَأَنَّهُ وَرَدَ مِنْ طَرِيقٍ وَاحِدٍ(٨).

وقَالَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: بَلْ رُوَاتُهُ مَعْرُوفُونَ، وَقَدْ وَرَدَ مِنْ طُرُقٍ(٩).

---

(١) رواه البخاري (٤٣٦١)، ومسلم (١٩٣٥).

(٢) في (ب): «المفهوم العموم»، وبياض بعدها لمقدار كلمة.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ليس في (ج)، (م).

(٦) رواه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧)، مرفوعًا. وقال أبو داود: «روى هذا الحديث: سفيان الثوري، وأيوب، وحماد، عن أبي الزبير، أوقفوه على جابر.
وقد أسند هذا الحديث أيضًا من وجهٍ ضعيف، عن ابن أبي ذئب، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ». اهـ.
وينظر: «التحقيق»، لابن الجوزي (٢/ ٣٦٣)، «بيان الوهم»، لابن القطان (٣/ ٥٧٦).

(٧) في (م): «فيه رواية».

(٨) «التمهيد» (١٦/ ٢١٧).

(٩) كذا نقل المصنف عن الحافظ ابن عبد البر!
ولكن نص عبارته في «الاستذكار» (١/ ١٥٨ ـ ١٥٩): «وليس إسنادُ هذا الحديثِ مما تقوم به حُجة عند أهل العلم بالنقل؛ لأن فيه رجلين غير معروفين بحمل العلم، في رواية صفوان بن سليم، وفي رواية يحيى بن سعيد، نحو ذلك في المغيرة بن أبي بُرْدة.
=

وَسَبَبُ ضَعْفِ حَدِيثِ جَابِرٍ: أَنَّ الثِّقَاتَ[١] أَوْقَفُوهُ عَلَى جَابِرٍ[٢].

فَمَنْ رَجَّحَ حَدِيثَ جَابِرٍ هَذَا عَلَى حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ لِشَهَادَةِ عُمُومِ الْكِتَابِ لَهُ، لَمْ يَسْتَثْنِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا جَزَرَ عَنْهُ الْبَحْرُ؛ إِذْ لَمْ يَرِدْ فِي ذَلِكَ تَعَارُضٌ (بين الأحاديث)[٣].

وَمَنْ رَجَّحَ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ بِالْإِبَاحَةِ مُطْلَقًا[٤].

وَأَمَّا مَنْ قَالَ بِالْمَنْعِ مُطْلَقًا، فَمَصِيرًا إِلَى تَرْجِيحِ عُمُومِ الْكِتَابِ.

= وقد روي هذا الحديث أيضًا، عن النبي ﷺ من حديث الفِرَاسي؛ رجل من بني فراس من بني مدلج بإسناد ليس بالقائم أيضًا في حديث الليث بن سعد». اهـ.

وقال في «التمهيد» (١٦/ ٢١٩): «وقد سأل أبو عيسى الترمذيُ محمد بن إسماعيل البخاريَ، عن حديث مالك هذا، عن صفوان بن سليم؟ فقال: هو عندي حديث صحيح. قال الترمذي: فقلت للبخاري: هشيم يقول فيه: المغيرة بن أبي برزة، فقال: وهم فيه؛ إنما هو المغيرة بن أبي بُرْدة. قال: وهشيم ربما وهم في الإسناد، وهو في المقطعات أحفظ.

قال أبو عمر: لا أدري ما هذا من البخاري رحمه الله، ولو كان عنده صحيحًا، لأخرجه في مصنفه الصحيح عنده ولم يفعل؛ لأنه لا يعول في الصحيح على هذا الإسناد، **وهذا الحديث لا يحتج أهل الحديث بمثل إسناده، وهو عندي صحيح؛ لأن العلماء تلقوه بالقبول له والعمل به، ولا يخالف في جملته أحد من الفقهاء، وإنما الخلاف في بعض معانيه»**. اهـ.

وحاصله: أن ابن عبد البر لم يصحِّحه من جهة الطُّرق، بل من جهة تلقي الأمة له بالقَبول؛ فتأمل!

نعم، صحَّحه جماعةٌ من الحفاظ بالطرق: كالترمذي، وابن المنذر، والبيهقي، وابن الملقن، والبغوي، وابن الأثير. وينظر: «البدر المنير»: (١/ ٣٥٠).

(١) كبار ثقات أصحاب أبي الزبير أوقفوه، منهم: الثوري، وأيوب، وحمّاد بن سلمة، وعبيد الله بن عُمَر، وآخرون. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٠٣)، «تخريج الهداية»، للغماري (٦/ ٢٩٢).

(٢) ينظر: «علل ابن أبي حاتم» (٤/ ٥٣٣)، «العلل الكبير»، للترمذي (ص٢٤٢).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٤) وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، كما تقدم.

وَبِالْإِبَاحَةِ مُطْلَقًا: قَالَ مَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢].

وَبِالْمَنْعِ مُطْلَقًا، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣].

وَقَالَ قَوْمٌ غَيْرُ هَؤُلَاءِ بِالْفَرْقِ[٤].

١٤٨٦ وَأَمَّا الْخَمْسَةُ الَّتِي ذَكَرَ[٥] اللهُ مَعَ الْمَيْتَةِ: فَلَا خِلَافَ أَنَّ حُكْمَهَا عِنْدَهُمْ حُكْمُ الْمَيْتَةِ؛ [أ/٢٦٩و] (أَعْنِي: مَا فَاتَ مِنْ عِدَّةِ الْأَسْبَابِ)[٦].

١٤٨٧ وَأَمَّا الْجَلَّالَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَأْكُلُ النَّجَاسَةَ، فَاخْتَلَفُوا فِي أَكْلِهَا[٧].

---

(١) «الشرح الكبير» (٢/ ١١٤).
(٢) «نهاية المحتاج» (٨/ ١٥٦).
(٣) كذا! والصحيح قوله في «التمهيد» (١٦/ ٢٢٣): «قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يؤكل السمك الطافي، ويؤكل ما سواه من السمك ولا يؤكل شيء من حيوان البحر إلا السمك». اهـ.
(٤) هو مذهب الحنفية، «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٠).
(٥) في (أ): «ذكرها».
(٦) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).
(٧) الجمهور يرون: أنه يُكره أكلها إلا إذا حُبست، إلا مالك؛ فلم يأت بالحبس.
مذهب الحنفية ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٠)، حيث قال: «فكان الانتفاع بها حلالًا في ذاته، إلا أنه يمنع عنه لغيره، ثم ليس لحبسها تقدير - في ظاهر الرواية - هكذا روي عن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: كان أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يوقت في حبسها وقال: تحبس حتى تطيب؛ وهو قولهما أيضًا».
مذهب المالكية: أنها مباح وإن لم تحبس. ينظر: «الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي» (٢/ ١١٥)، حيث قال: «(والبحري) بأنواعه، ولو آدميه وخنزيره (وإن ميتًا وطير) بجميع أنواعه (ولو) كان (جلَّالة)؛ أي: مستعملًا للنجاسة».
مذهب الشافعية: ينظر: «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٥٧)، حيث قال: «واقتصار الأكثر على العلف الطاهر جرى على الغالب؛ لأن الحيوان لا بدَّ له من العلف، وأنه الطاهر (فطاب) لحمها (حلَّ) هو وبقية أجزائها من غير كراهة؛ فهو تفريع عليهما، وذلك لزوال العلة، ولا تقدير لمدة العلف».
مذهب الحنابلة: ينظر: «كشاف القناع» (٦/ ١٩٣ - ١٩٤)، حيث قال: «وتحرم الجلَّالة، وهي التي أكثر علفها النجاسة ولبنها». «(ويكره ركوبها لأجل عرقها) لما سبق من الأخبار (حتى تحبس) الجلَّالة (ثلاثًا)؛ أي: ثلاث ليال بأيامهن؛ لأنَّ ابن عمر كان إذا أراد أكلها يحبسها ثلاثًا (وتطعم الطاهر وتمنع من النجاسة طائرًا كانت أو بهيمة)؛ إذ المانع من حلها يزول بذلك».

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَعَارُضُ الْقِيَاسِ والْأَثَرِ.

فأَمَّا الْأَثَرُ: فَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ نَهَى عَنْ لُحُومِ الْجَلَّالَةِ وَأَلْبَانِهَا»(١)، خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ، عَنِ [ب/٢٢٨و] ابْنِ عُمَرَ.

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الْمُعَارِضُ لِهَذَا: فَهُوَ أَنَّ مَا يَرِدُ جَوْفَ الْحَيَوَانِ يَنْقَلِبُ (إِلَى لَحْمِ ذَلِكَ الْحَيَوَانِ وَسَائِرِ أَجْزَائِهِ.

فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ لَحْمَ ذَلِكَ الْحَيَوَانِ حَلَالٌ بِإِطْلَاقٍ(٢)، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِمَا يَنْقَلِبُ)(٣) مِنْ ذَلِكَ [م/١٤٢ظ] حُكْمُ مَا انْقَلَبَ إِلَيْهِ، وَهُوَ اللَّحْمُ، كَمَا لَوِ انْقَلَبَ تُرَابًا، أَوْ كَانْقِلَابِ الدَّمِ لَحْمًا.

وَالشَّافِعِيُّ(٤) يُحَرِّمُ الْجَلَّالَةَ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٧٨٥)، والترمذي (١٨٢٤)، وابن ماجه (٣١٨٩)، عن ابن أبي نَجِيح، عن مجاهد، عن ابن عمر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلّالة وألبانها.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.
وقال سفيان الثوري: عن ابن أبي نجيح، عن مجاهد مرسلًا.
أخرجه عبد الرزاق (٨٧١٨)، وابن أبي شيبة (٨/ ٣٣٦).
أخرجه عبد الرزاق (٨٧١٣)، وابن أبي شيبة (٨/ ٣٣٦)، من طريق إبراهيم بن مهاجر البجلي الكوفي، عن مجاهد مرسلًا.
أخرجه أبو داود (٣٧٨٧)، والحاكم (٢/ ٣٤ ـ ٣٥)، والبيهقي (٩/ ٣٣٣)، عن أيوب السَّخْتياني، عن نافع، عن ابن عمر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن الجلَّالة في الإبل: أن يركب عليها، أو يشرب من ألبانها».
وإسناده حسن.
وتابعه: عبد الوارث بن سعيد، عن أيوب؛ بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن ركوب الجلَّالة».
أخرجه البيهقي (٩/ ٣٣٣).

(٢) من (ج). (٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٤) الذي عليه المذهب هو القول بالكراهة إذا حدث تغير لحمها بالنجاسة. ينظر: «نهاية المحتاج»، للرملي (٨/ ١٥٦، ١٥٧)، حيث قال: (وإذا ظهر تغير لحم جلَّالة) =

وَمَالكٌ يَكْرَهُهَا(١).

١٤٨٨ وَأَمَّا النَّجَاسَةُ تُخَالِطُ الْحَلَالَ: فَالْأَصْلُ فِيهِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ، مِنْ حَدِيثِ أَبِي هريرة وَمَيْمُونَةَ: «أَنَّهُ سُئِلَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ عَنِ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ، فَقَالَ: **إِنْ كَانَ جَامِدًا فَاطْرَحُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَكُلُوا الْبَاقِيَ. وَإِنْ كَانَ ذَائِبًا فَأَرِيقُوهُ، أَوْ لَا تَقْرَبُوهُ**»(٢).

١٤٨٩ وَلِلْعُلَمَاءِ فِي النَّجَاسَةِ تُخَالِطُ الْمَطْعُومَاتِ الْحَلَالَ مَذْهَبَانِ:

أَحَدُهُمَا: [ج/ ٢١٠ظ] مَذْهَبُ مَنْ يَعْتَبِرُ فِي التَّحْرِيمِ الْمُخَالَطَةَ فَقَطْ، وَإِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ لِلطَّعَامِ لَوْنٌ وَلَا رَائِحَةٌ وَلَا طَعْمٌ مِنْ قِبَلِ النَّجَاسَةِ الَّتِي خَالَطَتْهُ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ(٣).

= من طعم أو لون أو ريح، ... (حرم) كسائر أجزائها وما تولد منها كبيضها ولبنها... (وقيل: يكره) الجلّالة. (قلت: الأصح يكره، والله أعلم)؛ لأن النهي لتغير اللحم فلا يقتضي تحريمها.

(١) تقدم قوله.

(٢) أما عن ميمونة: فقد رواه البخاري (٥٥٣٨): «أن فأرة وقعت في سمن فماتت، فسئل النبي ﷺ عنها فقال: «**ألقوها وما حولها وكلوه**».

وعن أبي هريرة: رواه أحمد (٧٦٠١)، سُئِل النبي ﷺ، عن الفأرة تقع في السمن، فقال: «**إن كان جامدًا، فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا، فلا تقربوه**».

قال الترمذي (٤/ ٢٥٦): حديث ابن عباس، عن ميمونة أصحُّ. وروى معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ نحوه. وهو حديث غير محفوظ. وسمعت محمد بن إسماعيل يقول: وحديث معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وذكر فيه أنه سئل عنه، فقال: «**إذا كان جامدًا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا فلا تقربوه**»، هذا خطأ أخطأ فيه معمر قال: والصحيح حديث الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس عن ميمونة.

(٣) «بدائع الصنائع» (١/ ٧١)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير، «حاشية الدسوقي» (١/ ٥٩)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (١/ ٩٥)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٦/ ١٥٦)، «نهاية المحتاج» (٨/ ١٥٧)، «كشاف القناع» (١/ ٤٠)، «الفروع»، لابن مفلح (١/ ٩٥).

وَالثَّانِي: مَذْهَبُ مَنْ يَعْتَبِرُ فِي ذَلِكَ التَّغَيُّرَ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الظَّاهِرِ[١]، وَرِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ[٢].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ الْحَدِيثِ، وَذَلِكَ: أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ، وَهُمْ أَهْلُ الظَّاهِرِ، فَقَالُوا: هَذَا الْحَدِيثُ يَمُرُّ عَلَى ظَاهِرِهِ، وَسَائِرُ الْأَشْيَاءِ يُعْتَبَرُ فِيهَا تَغَيُّرُهَا بِالنَّجَاسَةِ[٣].

وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ، وَهُمُ الْجُمْهُورُ، فَقَالُوا: الْمَفْهُومُ مِنْهُ أَنَّ بِنَفْسِ[٤] مُخَالَطَةِ النَّجِسِ يَنْجُسُ الْحَلَالُ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّلْ لَهُمُ الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ جَامِدًا أَوْ ذَائِبًا؛ لِوُجُودِ الْمُخَالَطَةِ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ أَكْثَرَ؛ أَعْنِي: فِي حَالَةِ الذَّوَبَانِ.

١٤٩٠ وَيَجِبُ عَلَى هَذَا: أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَ الْمُخَالَطَةِ الْقَلِيلَةِ وَالْكَثِيرَةِ، (لِأَنَّ تَفْرِيقَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَيْنَ الْجَامِدِ [أ/٢٦٩ظ] وَالذَّائِبِ يُفْهَمُ مِنْهُ اعْتِبَارُ الْكَثْرَةِ أَوْ عَدَمُهُ)[٥]، فَلَمَّا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا، فَكَأَنَّهُمُ اقْتَصَرُوا مِنْ بَعْضِ[٦] الْحَدِيثِ عَلَى ظَاهِرِهِ، وَمِنْ بَعْضِهِ عَلَى الْقِيَاسِ عَلَيْهِ، وَلِذَلِكَ أَقَرَّتْهُ الظَّاهِرِيَّةُ كُلَّهُ عَلَى ظَاهِرِهِ.

وَأَمَّا الْمُحَرَّمَاتُ لِعَيْنِهَا:

١٤٩١ فَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ مِنْهَا عَلَى اثْنَيْنِ[٧]: لَحْمِ الْخِنْزِيرِ، وَالدَّمِ.

فَأَمَّا الْخِنْزِيرُ:

١٤٩٢ فَاتَّفَقُوا عَلَى تَحْرِيمِ شَحْمِهِ وَلَحْمِهِ وَجِلْدِهِ[٨][٩]. [ب/٢٢٨ظ]

---

(١) «المحلى» (١/ ١٤٢، ١٤٣). (٢) «الذخيرة» (١/ ١٩٨).

(٣) زاد بعدها في المطبوع: «أَوْ لَا تَغَيُّرُهَا بِهَا».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «نفس».

(٥) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م). (٦) في (م): «لفظ».

(٧) في (أ)، و(ب): «تحريم». (٨) ليست في (م).

(٩) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف»، (٦/ ١٢)، والنووي في «المجموع» (٩/ ٣).

١٤٩٣ وَاخْتَلَفُوا فِي الِانْتِفَاعِ بِشَعْرِهِ، وَفِي طَهَارَةِ جِلْدِهِ[١].

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ.

وَأَمَّا الدَّمُ:

١٤٩٤ فَاتَّفَقُوا عَلَى تَحْرِيمِ الْمَسْفُوحِ مِنْهُ مِنَ الْحَيَوَانِ الْمُذَكَّى[٢]، وَاخْتَلَفُوا فِي غَيْرِ الْمَسْفُوحِ مِنْهُ[٣].

---

(١) مذهب الحنفية، قال الكاساني: «فيحرم استعمال شعره وسائر أجزائه، إلا أنه رخَّص في شعره للخرَّازين للضرورة». «بدائع الصنائع» (١/ ٦٣).
وجلد الخنزير لا يطهر بالدباغ. ينظر: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (١/ ٢٠٤)، حيث قال: «(خلا) جلد (خنزير) فلا يطهر».
مذهب المالكية. ينظر: «الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي» (١/ ٥٤)، «مواهب الجليل»، للحطاب (١/ ١٠١).
مذهب الشافعية: «نهاية المحتاج»، للرملي (٢/ ٣٨٣)، «مغني المحتاج» (١/ ٥٨٥).
مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (١/ ٥٦)، «الفروع»، لابن مفلح (١/ ١١٥).

(٢) مذهب الحنفية: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (١/ ٣١٩)، حيث قال: «(ودم) مسفوح من سائر الحيوانات».
مذهب المالكية: «الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي» (١/ ٥٧)، «شرح مختصر خليل» (١/ ٩٣).
مذهب الشافعية: «نهاية المحتاج»، للرملي (١/ ٢٣٩)، «مغني المحتاج» (١/ ٢٣٢).
مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٦/ ١٨٩)، «الإقناع» (٤/ ٣٠٩).

(٣) مذهب الحنفية: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (١/ ٣١٩)، حيث قال: «(ودم) مسفوح من سائر الحيوانات، إلا دم شهيد ما دام عليه، وما بقي في لحم مهزول وعروق وكبد وطحال وقلب وما لم يسل، ودم سمك».
مذهب المالكية: قال الدردير: «(ودم لم يسفح) وهو الذي لم يجر». «الشرح الكبير للشيخ الدردير» (١/ ٥٢)، «التاج والإكليل» (١/ ١٣٦).
مذهب الشافعية: قال الرملي: «وخرج بالمسفوح في الآية الكبد والطحال، وأما الدم الباقي على اللحم وعظامه من المذكاة: فنجس معفو عنه». «نهاية المحتاج» (١/ ٢٤٠)، «الغرر البهية»، لزكريا الأنصاري (١/ ٤١).
مذهب الحنابلة «الإقناع»، للحَجَّاوي (١/ ٦١)، «كشاف القناع» (١/ ١٩٠).

١٤٩٥ وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي دَمِ الْحُوتِ:

فَمِنْهُمْ مَنْ رَآهُ نَجِسًا، وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَرَهُ نَجِسًا(١).

وَالِاخْتِلَافُ فِي هَذَا كُلِّهِ مَوْجُودٌ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ، (وَخَارِجًا عَنْهُ)(٢)(٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي غَيْرِ الْمَسْفُوحِ: مُعَارَضَةُ الْإِطْلَاقِ لِلتَّقْيِيدِ، وَذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] - يَقْتَضِي تَحْرِيمَ مَسْفُوحِ الدَّمِ وَغَيْرِهِ، وقَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] - يَقْتَضِي بِحَسَبِ دَلِيلِ الْخِطَابِ تَحْرِيمَ الْمَسْفُوحِ فَقَطْ.

فَمَنْ رَدَّ الْمُطْلَقَ إِلَى الْمُقَيَّدِ اشْتَرَطَ فِي التَّحْرِيمِ السَّفْحَ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ الْإِطْلَاقَ يَقْتَضِي حُكْمًا زَائِدًا عَلَى التَّقْيِيدِ، وَأَنَّ مُعَارَضَةَ (الْمُقَيَّدِ لِلْمُطْلَقِ)(٤) إِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ، وَالْمُطْلَقُ عَامٌّ، وَالْعَامُّ أَقْوَى مِنْ دَلِيلِ الْخِطَابِ، قَضَى بِالْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ، وَقَالَ: يَحْرُمُ قَلِيلُ الدَّمِ وَكَثِيرُهُ.

وَالسَّفْحُ الْمُشْتَرَطُ فِي حُرْمِيَّةِ(٥) الدَّمِ: إِنَّمَا هُوَ دَمُ الْحَيَوَانِ الْمُذَكَّى؛ أَعْنِي: أَنَّهُ الَّذِي يَسِيلُ عِنْدَ التَّذْكِيَةِ مِنَ الْحَيَوَانِ الْحَلَالِ الْأَكْلِ، فَإِنَّ كُلَّ دَمٍ

---

(١) الأئمة مالك والشافعي وأحمد يرون: أنه نجس. وأبو حنيفة يرى: أنه ليس بنجس.
مذهب الحنفية نجاسته. ينظر: «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (١/ ٣١٩)، حيث قال: «(ودم) مسفوح من سائر الحيوانات».
مذهب المالكية: قال الدردير: «وأما ما يوجد في بطنها فهو من المسفوح فيكون نجسًا». «الشرح الكبير» (١/ ٥٢)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (١/ ٨٧).
مذهب الشافعية: «نهاية المحتاج»، للرملي (١/ ٢٤٠)، حيث قال: «وأما الدم الباقي على اللحم وعظامه من المذكاة: فنجس معفو عنه، كما قاله الحَليمي. ومعلوم أن العفو لا ينافي النجاسة». «مغني المحتاج» (١/ ٢٣٢).
مذهب الحنابلة: نجاسة دم مأكول اللحم، ويعفى عن اليسير منه: «كشاف القناع» (١/ ١٩١)، «المبدع» (١/ ٥٢).

(٢) ليس في (أ).
(٣) تقدم.
(٤) في (أ)، (ب): «المطلق للمقيد».
(٥) في (ج)، (م): «حلية».

يَسِيلُ مِنَ الْحَيَوَانِ الْحَيِّ: فَقَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ حَرَامٌ، وَكَذَلِكَ مِنَ الْحَيَوَانِ الْمُحَرَّمِ الْأَكْلِ، وَإِنْ ذُكِّيَ: فَقَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ حَرَامٌ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا.

وَأَمَّا سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي دَمِ الْحُوتِ: فَمُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْقِيَاسِ.

أَمَّا الْعُمُومُ: فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣].

وَأَمَّا الْقِيَاسُ: فَمَا يُمْكِنُ أَنْ يُتَوَهَّمَ مِنْ كَوْنِ الدَّمِ تَابِعًا فِي التَّحْرِيمِ لِمَيْتَةِ الْحَيَوَانِ؛ أَعْنِي: أَنَّ مَا حَرُمَتْ مَيْتَتُهُ حَرُمَ دَمُهُ، وَمَا حَلَّ مَيْتَتُهُ حَلَّ دَمُهُ. وَلِذَلِكَ رَأَى مَالِكٌ أَنَّ مَا لَا دَمَ لَهُ فَلَيْسَ بِمَيْتَةٍ[1]. [ج/ ٢١١و]

وَقَدْ تَكَلَّمْنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ.

وَيَذْكُرُ الْفُقَهَاءُ فِي هَذَا حَدِيثًا مُخَصِّصًا لِعُمُومِ الدَّمِ قَوْلَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ [أ/ ٢٧٠و]: «**أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ**».

١٤٩٦ وَهَذَا الْحَدِيثُ فِي غَالِبِ ظَنِّي لَيْسَ هُوَ فِي الْكُتُبِ الْمَشْهُورَةِ مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ[2].

وَأَمَّا [م/ ١٤٣و] الْمُحَرَّمَاتُ لِعَيْنِهَا الْمُخْتَلَفُ فِيهَا، فَأَرْبَعَةٌ:

أَحَدُهَا: لُحُومُ السِّبَاعِ مِنَ الطَّيْرِ وذَوَاتِ الْأَرْبَعِ.

وَالثَّانِي: لحوم ذَوَاتُ الْحَافِرِ الْإِنْسِيَّةُ.

وَالثَّالِثُ: لُحُومُ الْحَيَوَانِ الْمَأْمُورِ بِقَتْلِهِ فِي الشَّرْعِ[3].

---

(١) «الشرح الكبير» (١/ ٤٨).

(٢) انفرد به ابن ماجه (٣٣١٤) دون الستة، لكن رواه أحمد (٥٧٢٣)، والشافعي (٦٠٧ ـ سندي).
وقد سبق الكلام حوله، وحاصله: اختلافهم في رفعه ووقفه، مع ضعف المرفوع، وحسن الموقوف، وعلى كلٍّ: فالموقوف في حكم المرفوع. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٠١)، «البدر المنير» (١/ ٤٤٨).

(٣) وهم خمسة من الفواسق، رواه البخاري (٣٣١٤) واللفظ له، ومسلم (١١٩٨): «**خمس فواسق، يُقتلن في الحرم: الفأرة، والعقرب، والحُدَيَّا، والغراب، والكلب العقور**».

وَالرَّابِعُ: لحومُ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي تَعَافُهَا النُّفُوسُ وَتَسْتَخْبِثُهَا بِالطَّبْعِ.

وَحَكَى أَبُو حَامِدٍ(١) عَنِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ يُحَرِّمُ لَحْمَ الْحَيَوَانِ الْمَنْهِيِّ عَنْ قَتْلِهِ، قَالَ: كَالْخُطَّافِ وَالنَّحْلِ، فَيَكُونُ هَذَا جِنْسًا خَامِسًا مِنَ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ. [ب/ ٢٢٩و]

(وَالنَّهْيُ عَنْ قَتْلِ الْخُطَّافِ فِي حَدِيثِ نَوْفَلِ بْنِ حَرْبٍ(٢))(٣).

١٤٩٧ **الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**: فأما السِّبَاعُ ذَوَاتُ الْأَرْبَعِ، فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ(٤).

وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ: عَوَّلَ جُمْهُورُ أَصْحَابِهِ، وَهُوَ الْمَنْصُورُ(٥) عِنْدَهُمْ(٦).

وَذَكَرَ مَالِكٌ فِي «مُوَطَّإِهِ» دَلِيلَهُ: أَنَّهَا عِنْدَهُ مُحَرَّمَةٌ(٧).

وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ بِعَقِبِ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ أَنَّهُ قَالَ: «**أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ حَرَامٌ**»(٨)، وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا(٩).

---

(١) «نهاية المحتاج» (٨/ ١٥٤).

(٢) كذا، لكن لم أهتد إلى ترجمته، ولا الحديث الذي من طريقه.
ولكن قال في «التلخيص الحبير» (٢/ ٥٨٤): «أخرج أبو داود في «المراسيل» (٣٨٤)، من حديث عباد بن إسحاق، عن أبيه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن قتل الخطاطيف.
ورواه البيهقي (٩/ ٣١٨) معضلًا أيضًا، من حديث أبي الحويرث، عن النبي ﷺ.
ورواه ابن حبان في «الضعفاء»، من حديث ابن عباس، وفيه الأمر بقتل العنكبوت؛ وفيه عمرو بن جُمَيع: وهو كذاب. وقال البيهقي (٢/ ٣١٨): روي فيه حديثٌ مسند، وفيه حمزة النصيبي، وكان يرمى بالوضع».اهـ.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٤) «الشرح الكبير» (١/ ٤٨).

(٥) في (م): «المشهور».

(٦) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٥).

(٧) «الموطأ» (٢/ ٤٩٦).

(٨) رواه مسلم (١٩٣٣). ولفظه: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «**كل ذي ناب من السباع، فأكله حرام**».

(٩) «الموطأ» (٢/ ٤٩٦).

وَإِلَى تَحْرِيمِهَا: ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ[١]، وَأَشْهَبُ[٢]، وَأَصْحَابُ مَالِكٍ، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٣]، إِلَّا أَنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي جِنْسِ السِّبَاعِ الْمُحَرَّمَةِ؛ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: كُلُّ مَا أَكَلَ اللَّحْمَ فَهُوَ سَبُعٌ، حَتَّى الْفِيلُ وَالضَّبُعُ وَالْيَرْبُوعُ عِنْدَهُ مِنَ السِّبَاعِ، وَكَذَلِكَ السِّنَّوْرُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: يُؤْكَلُ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ، وَإِنَّمَا السِّبَاعُ الْمُحَرَّمَةُ الَّتِي تَعْدُو عَلَى النَّاسِ كَالْأَسَدِ وَالنَّمِرِ وَالذِّئْبِ (فَلَا تُؤْكَلُ عِنْدَهُ)[٦]، وَكِلَا الْقَوْلَيْنِ[٧] فِي الْمَذْهَبِ، وَجُمْهُورُهُمْ عَلَى أَنَّ الْقِرْدَ لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُنْتَفَعُ بِهِ[٨].

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٩] أَيْضًا: أَنَّ الْكَلْبَ حَرَامٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ فَهِمَ مِنَ النَّهْيِ عَنْ سُؤْرِهِ نَجَاسَةَ عَيْنِهِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي تَحْرِيمِ لَحْمِ[١٠] السِّبَاعِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ: مُعَارَضَةُ الْكِتَابِ لِلْأَثَرِ[١١]، وَذَلِكَ: أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الْآيَةَ، أَنَّ مَا عَدَا الْمَذْكُورَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ حَلَالٌ.

وَظَاهِرُ[١٢] حَدِيثِ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخُشَنِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ»، أَنَّ السِّبَاعَ مُحَرَّمَةٌ. هَكَذَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ[١٣].

---

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٧١).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٥).
(٣) «الهداية» (٤/ ٣٥١).
(٤) «الهداية» (٤/ ٣٥٢).
(٥) قال الشافعي: «ويؤكل الضب والأرنب والوبر وحمار الوحش وكل ما أكلته العرب أو فداه المحرم في سنة أو أثر، وتؤكل الضبع والثعلب». «الأم» (٢/ ٢٦٥)، «روضة الطالبين» (٣/ ٢٧٢).
(٦) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).
(٧) في (أ)، (ب): «الفريقين».
(٨) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٥).
(٩) «نهاية المحتاج» (٨/ ١٥٤).
(١٠) ليست في (م).
(١١) في (ج): «للآثار».
(١٢) في (أ)، (م): «وظاهر الثابت»، وفي (ب): «وظاهره الثابت».
(١٣) البخاريُّ (٥٥٣٠)، ومسلم (١٩٣٢).

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَمَا رَوَاهُ [أ/ ٢٧٠ظ] فِي هَذَا الْمَعْنَى، مِنْ طَرِيقِ أَبِي هُرَيْرَةَ، هُوَ أَبْيَنُ فِي الْمُعَارَضَةِ، وَهُوَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ حَرَامٌ**»(١).

وَذَلِكَ: أَنَّ الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ قَدْ يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآيَةِ بِأَنْ يُحْمَلَ النَّهْيُ الْمَذْكُورُ فِيهِ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ.

وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ: فَلَيْسَ يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآيَةِ، إِلَّا أَنْ يُعْتَقَدَ أَنَّهُ نَاسِخٌ لِلْآيَةِ عِنْدَ مَنْ رَأَى أَنَّ الزِّيَادَةَ نَسْخٌ، وَأَنَّ الْقُرْآنَ يُنْسَخُ بِالسُّنَّةِ الْمُتَوَاتِرَةِ.

فَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حَدِيثِ أَبِي ثَعْلَبَةَ وَالْآيَةِ: حَمَلَ لُحُومَ السِّبَاعِ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ، يَتَضَمَّنُ زِيَادَةً عَلَى مَا فِي الْآيَةِ، (والزيادة لا تقتضي نسخًا)(٢) حَرَّمَ لُحُومَ السِّبَاعِ.

وَمَنِ اعْتَقَدَ أَنَّ الضَّبُعَ وَالثَّعْلَبَ مُحَرَّمَانِ: فَاسْتِدْلَالًا بِعُمُومِ لَفْظِ السِّبَاعِ.

وَمَنْ خَصَّصَ مِنْ ذَلِكَ الْعَادِيَةَ: فَمَصِيرًا [ج/ ٢١١ظ] لِمَا رَوَى [ب/ ٢٢٩ظ] عَبْدُ الرَّحْمَٰنِ بْنُ عَمَّارٍ، قَالَ: «سَأَلْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللهِ عَنِ الضَّبُعِ آكُلُهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، (قُلْتُ: أَصَيْدٌ هِيَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: سَمِعْتَ ذَلِكَ مِنْ رَسُولِ ﷺ؟ قَالَ: نَعَمْ»(٣))(٤).

---

(١) مسلم (١٩٣٣).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٣) أخرجه الشافعي (١/ ٣٣٠)، وعبد الرزاق (٨٦٨٢)، والدارمي (١٩٤٢)، والترمذي (٨٥١) و(١٧٩١)، والنسائي (٥/ ١٩١)، و(٧/ ٢٠٠) وأحمد ٣/ ٣١٨، وابن الجارود و(٤٣٨) و(٨٩٠)، وابن خزيمة (٢٦٤٥)، والطحاوي ٢/ ١٦٤، وابن حبان (٣٩٦٥)، والدارقطني (٢/ ٢٤٥ و٢٤٦)، والحاكم ١/ ٤٥٢، والبيهقي ٥/ ١٨٣ و٩/ ٣١٨، و٣١٨ ـ ٣١٩، والبغوي (١٩٩٢)، عن عَبْدَ الرَّحْمَٰنِ بْنَ عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي عَمَّارٍ، أَخْبَرَهُ قَالَ: سَأَلْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللهِ، فَقُلْتُ: ... وذكره.
وإسناده صحيحٌ.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ج).

قالوا: وَهَذَا الْحَدِيثُ، وَإِنْ كَانَ انْفَرَدَ بِهِ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ، فَهُوَ ثِقَةٌ عِنْدَ جَمَاعَةِ أَئِمَّةِ الْحَدِيثِ، وَلِمَا ثَبَتَ (مِنْ إِقْرَارِهِ ﷺ عَلَى أَكْلِ الضَّبِّ بَيْنَ يَدَيْهِ»[١])[٢].

١٤٩٨ وَأَمَّا سِبَاعُ[٣] الطَّيْرِ: فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهَا حَلَالٌ، لِمَكَانِ الْآيَةِ المذكورة.

وَحَرَّمَهَا قَوْمٌ؛ لِمَا جَاءَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: «**نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ، ومِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ**»[٤].

إِلَّا أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ لَمْ يُخَرِّجْهُ الشَّيْخَانِ[٥]، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ أَبُو دَاوُدَ[٦].

---

(١) رواه مسلم (١٩٤٦/ ٤٤)، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف الأنصاري، أنَّ عبد الله بن عباس، أخبره، أن خالد بن الوليد، الذي يقال له: سيف الله، أخبره، أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة، زوج النبي ﷺ، وهي خالته وخالة ابن عباس، فوجد عندها ضبًّا محنوذًا، قدمت به أختها حفيدة بنت الحارث من نجد، فقدَّمت الضب لرسول الله ﷺ، وكان قلَّما يقدم إليه طعام حتى يحدَّث به ويسمَّى له، فأهوى رسول الله ﷺ يده إلى الضب، فقالت امرأة من النسوة الحضور: أخبرن رسول الله ﷺ بما قدمتن له، قلن: هو الضب يا رسول الله، فرفع رسول الله ﷺ يده، فقال خالد بن الوليد: أحرام الضب يا رسول الله؟ قال: «**لا، ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه**»، قال خالد: فاجتررته، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر، فلم ينهني.

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) في (أ)، (ب): «سائر».

(٤) رواه مسلم (١٩٣٤).

(٥) بل أخرجه مسلم (١٩٣٤)، من طرقٍ، عن الحكم، عن ميمون بن مهران، عن ابن عباس، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي نابٍ من السباع، وعن كل ذي مخلبٍ من الطير».
وقد أخرج البخاري (٥٥٣٠) له شاهدًا ببعضه، فقال: حدَّثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن أبي إدريس الخولاني، **عن أبي ثعلبة** رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع».
وقال: تابعه يونس، ومعمر، وابن عيينة، والماجشون، عن الزهري.

(٦) أبو داود (٣٨٠٣). ولم ينفرد به، بل رواه النسائي (٤٣٤٨)، وابن ماجه (٣٢٣٤)، من حديث ابن عباس أيضًا.

=

١٤٩٩ وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَهِيَ اخْتِلَافُهُمْ فِي ذَوَاتِ الْحَافِرِ الْإِنْسِيِّ؛ أَعْنِي: الْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ:

فَإِنَّ جُمْهُورَ الْعُلَمَاءِ عَلَى تَحْرِيمِ لُحُومِ الْحُمُرِ الْإِنْسِيَّةِ(١)، إِلَّا مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعَائِشَةَ: أَنَّهُمَا كَانَا يُبِيحَانِهَا(٢).

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُهَا(٣)، وَرِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ(٤) مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

١٥٠٠ وَكَذَلِكَ الْجُمْهُورُ عَلَى تَحْرِيمِ الْبِغَالِ(٥).

وَقَوْمٌ كَرِهُوهَا وَلَمْ يُحَرِّمُوهَا، وَهُوَ [م/١٤٣ظ] مَرْوِيٌّ عَنْ مَالِكٍ(٦).

١٥٠١ وَأَمَّا الْخَيْلُ: فَذَهَبَ مَالِكٌ(٧)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٨)، وَجَمَاعَةٌ إِلَى أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

= وأشار إليه الترمذي (١٤٧٨)، بعد ما أخرجه من حديث جابر، وقال: حديث جابر حديثٌ حسنٌ غريبٌ. وفي الباب عن أبي هريرة، وعِرباض بن سارية، وابن عباس.

(١) الحنفية: «العناية شرح الهداية»، للبابرتي (٩/ ٥٠٠، ٥٠١)، «البناية شرح الهداية»، للعيني (١١/ ٥٨٩).
الشافعية: «الأم»، للشافعي (٢/ ٢٧٥)، «أسنى المطالب»، لزكريا الأنصاري (١/ ٥٦٤).
الحنابلة: «المبدع»، لابن مفلح (٨/ ٤)، «الإقناع»، للحجاوي (٤/ ٣٠٩).

(٢) «الاستذكار» (٥/ ٢٩٦).

(٣) قال المواق: «قال الباجي: في كراهة أكل الحمر الأهلية، وحرمتها روايتان». «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٦).

(٤) قال ابن عبد البر: «لا يحل أكل الحمار الأهلي، ولا تعمل الذكاة فيه للحمه ولا لجلده، ولا بدَّ لمن أراد تطهير جلده من دباغه». «الكافي» (١/ ٤٣٦)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٨٩).

(٥) «الهداية» (٤/ ٣٥٢)، «بداية المبتدي» (ص٢١٩)، «منهاج الطالبين» (ص٣٢٢)، «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٨٠)، «المبدع» (٨/ ٤).

(٦) قال ابن عبد البر: «لا تؤكل الخيل عند مالك كراهية لا تحريمًا». «الكافي» (١/ ٤٣٦).

(٧) «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٥).

(٨) قال المرغيناني: «ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة». وهو قول مالك. «الهداية» (٤/ ٣٥٢)، «العناية» (٩/ ٥٠١).

وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ[١]، وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ[٢] وَجَمَاعَةٌ إِلَى إِبَاحَتِهَا.

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي الْحُمُرِ الْإِنْسِيَّةِ: مُعَارَضَةُ الْآيَةِ الْمَذْكُورَةِ لِلْأَحَادِيثِ الثَّابِتَةِ فِي ذَلِكَ، مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَغَيْرِهِ، قَالَ: «**نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ** [أ/ ٢٧١و] يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الْخَيْلِ»[٣].

فَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْآيَةِ وَهَذَا الْحَدِيثِ: حَمَلَهَا عَلَى الْكَرَاهِيَةِ.

وَمَنْ رَأَى النَّسْخَ قَالَ بِتَحْرِيمِ الْحُمُرِ، أَوْ قَالَ بِالزِّيَادَةِ دُونَ أَنْ تُوجِبَ عِنْدَهُ نَسْخًا.

وَقَدِ احْتَجَّ مَنْ لَمْ يَرَ تَحْرِيمَهَا: بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الشَّيْبَانِيِّ، عَنِ ابْنِ أَبِي أَوْفَى قَالَ: «أَصَبْنَا حُمُرًا مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِخَيْبَرَ وَطَبَخْنَاهَا، فَنَادَى مُنَادِي رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنْ أَكْفِئُوا الْقُدُورَ بِمَا فِيهَا».

قَالَ أبو إِسْحَاقَ: قُلْتُ ذَلِكَ لِسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، فَقَالَ: إِنَّمَا نَهَى عَنْهَا؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ تَأْكُلُ الْجِلَّةَ[٤].

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي الْبِغَالِ: فَسَبَبُهُ مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨].

وَقَوْلِهِ مَعَ ذَلِكَ فِي الْأَنْعَامِ: ﴿لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝٧٩﴾ [غافر: ٧٩]

---

(١) «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٨٠).

(٢) «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٥٢).

(٣) رواه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١)، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، ورخَّص في الخيل».

(٤) رواه البخاري (٤٢٢٠)، ومسلم (١٩٣٧/٢٧)، لكن بغير هذا السياق؛ بلفظ عن الشيباني، قال: سمعت ابن أبي أوفى رضي الله عنهما، أصابتنا مجاعة يوم خيبر؛ فإن القدور لتغلي، قال: وبعضها نضجت، فجاء منادي النبي ﷺ: «**لا تأكلوا من لحوم الحُمُر شيئًا، وأهرقوها**».
قال ابن أبي أوفى: فتحدَّثنا أنه إنما نهى عنها؛ لأنها لم تُخمَّس. وقال بعضهم: نهى عنها البتة؛ لأنها كانت تأكل العَذِرة».

[ب/٢٣٠و] لِلْآيَةِ الْحَاصِرَةِ لِلْمُحَرَّمَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ مَفْهُومُ الْخِطَابِ فِيهَا: أَنَّ الْمُبَاحَ فِي الْبِغَالِ إِنَّمَا هُوَ الرُّكُوبُ، مَعَ قِيَاسِ الْبَغْلِ أَيْضًا عَلَى الْحِمَارِ.

وَأَمَّا سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْخَيْلِ: فَمُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ فِي هَذِهِ الْآيَةِ لِحَدِيثِ جَابِرٍ، وَمُعَارَضَةِ قِيَاسِ الْفَرَسِ عَلَى الْبَغْلِ وَالْحِمَارِ لَهُ، لَكِنَّ إِبَاحَةَ لَحْمِ الْخَيْلِ نَصٌّ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُعَارَضَ بِقِيَاسٍ وَلَا بِدَلِيلِ خِطَابٍ.

١٥٠٢ **وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ**: وَهِيَ اخْتِلَافُهُمْ فِي الْحَيَوَانِ الْمَأْمُورِ بِقَتْلِهِ فِي الْحَرَمِ، وَهِيَ الْخَمْسُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهَا: الْغُرَابُ، وَالْحِدَأَةُ، وَالْعَقْرَبُ، وَالْفَأْرَةُ، وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ، فَإِنَّ قَوْمًا فَهِمُوا مِنَ الْأَمْرِ بِالْقَتْلِ لَهَا مَعَ النَّهْيِ عَنْ قَتْلِ الْبَهَائِمِ الْمُبَاحَةِ الْأَكْلِ[1] [ج/٢١٢و] أَنَّ الْعِلَّةَ فِي ذَلِكَ هُوَ كَوْنُهَا مُحَرَّمَةً، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ[2].

وَقَوْمًا فَهِمُوا مِنْ ذَلِكَ مَعْنَى التَّعَدِّي، لَا مَعْنَى التَّحْرِيمِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ[3]، وَأَبِي حَنِيفَةَ[4].

١٥٠٣ وَأَمَّا الْجِنْسُ[5] الرَّابِعُ، وَهُوَ الَّذِي تَسْتَخْبِثُهُ النُّفُوسُ؛ كَالْحَشَرَاتِ وَالضَّفَادِعِ وَالسَّرَطَانَاتِ وَالسُّلَحْفَاةِ[6]:

---

(١) زاد بعدها في (ج): «ليست بصيدٍ؛ فإذا أضيف إلى هذا أنّ كل وحشي حلال فهو صيد، لزم عن ذلك أن هذه ليست وحشيةً حلالًا». اهـ

(٢) قال النووي: «ويحرم أكل الحِدَأة والغراب الأبقع؛ لما روت عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «**خمس يقتلن في الحل والحرم: الحية والفأرة والغراب الأبقع والحِدَأة والكلب العقور**»، وما أمر بقتله لا يحل أكله». «المجموع» (٩/ ١٨)، «نهاية المحتاج» (٨/ ١٥٣).

(٣) «الفواكه الدواني»، للنفراوي (١/ ٣٦٧)، «شرح مختصر خليل» (٢/ ٣٦٦).

(٤) «الهداية شرح بداية المبتدي» (١/ ١٦٧)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٦٦).
مذهب الحنابلة «الشرح الكبير على متن المقنع» (٣/ ٣٠١)، «الإقناع» (١/ ٣٦٣).

(٥) كتب على حاشية (ج): «الجنس».

(٦) في (ج): «السلحفيات»، وفي (م): «والسلفحات».

فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ حَرَّمَهَا(١).

وَأَبَاحَهَا الْغَيْرُ(٢).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْخَبَائِثِ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]؛ فَمَنْ رَأَى أَنَّهَا الْمُحَرَّمَاتُ بِنَصِّ الشَّرْعِ لَمْ يُحَرِّمْ مِنْ ذَلِكَ مَا تَسْتَخْبِثُهُ النُّفُوسُ [أ/٢٧١ظ] (مِمَّا لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ الْخَبَائِثَ هِيَ مَا تَسْتَخْبِثُهُ النُّفُوسُ)(٣) قَالَ: هِيَ مُحَرَّمَةٌ.

١٥٠٤ وَأَمَّا مَا حَكَاهُ أَبُو حَامِدٍ(٤)، عَنِ الشَّافِعِيِّ، فِي تَحْرِيمِهِ الْحَيَوَانَ الْمَنْهِيَّ عَنْ قَتْلِهِ كَالْخُطَّافِ(٥) ـ زَعَمَ ـ(٦) وَالنَّحْلِ(٧)، فَإِنِّي لَسْتُ أَدْرِي أَيْنَ وَقَعَتِ الْآثَارُ الْوَارِدَةُ فِي ذَلِكَ؟

وَلَعَلَّهَا فِي غَيْرِ الْكُتُبِ الْمَشْهُورَةِ عِنْدَنَا(٨).

---

(١) «منهاج الطالبين» (ص٣٢٢)، «الغرر البهية» (٥/ ١٧٥).

(٢) زاد بعدها في المطبوع: «وَمِنْهُمْ مَنْ كَرِهَهَا فَقَطْ».

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) عبارة الغزالي في «الوسيط» (٧/ ١٦١): «جميع ما يمكن أكله مباح؛ إلا ما يستثنيه عشرة أصول، . . . . الأصل الخامس: ما نهى رسول الله ﷺ عن قتله؛ فإنَّ ذلك يدل على التحريم؛ إذ لو حلَّ لحلَّ ذبحه، كما أنَّ الأمر بالقتل يدل على التحريم؛ إذ لو حلَّ لأمر بالذبح لا بالقتل وقد نهى عن قتل الهدهد والخطاف والنحل والصرد والنملة». اهـ.

(٥) أبو داود في «المراسيل» (ص٢٨١)، من حديث عبَّاد بن إسحاق، عن أبيه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن قتل الخطاطيف». وهو معضلٌ. وينظر: «السُّنن الكبرى»، للبيهقي (٩/ ٥٣٤).

(٦) ليست في (أ)، (ب).

(٧) أخرج أبو داود (٥٢٦٧)، وابن ماجه (٣٢٢٤)، عن ابن عباس، قال: «إنَّ النبي ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب: النملة، **والنحلة**، والهدهد، والصُّرَد».

(٨) ينظر: «البدر المنير» (٦/ ٣٤٤ ـ ٣٤٨)، «التلخيص الحبير» (٢/ ٥٨٤ ـ ٥٨٥).

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ الْبَحْرِيُّ:

١٥٠٥ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ أَجْمَعُوا عَلَى تَحْلِيلِ مَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ مُوَافِقًا بِالِاسْمِ لِحَيَوَانٍ - فِي الْبَرِّ - مُحَرَّمٍ[1]:

فَقَالَ مَالِكٌ[2]: لَا بَأْسَ بِأَكْلِ جَمِيعِ حَيَوَانِ الْبَحْرِ، إِلَّا أَنَّهُ كَرِهَ خِنْزِيرَ الْمَاءِ[3]، وَقَالَ: أَنْتُمْ تُسَمُّونَهُ خِنْزِيرًا، وبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمُجَاهِدٌ[4]، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ[5]، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ يَشْتَرِطُ فِي غَيْرِ السَّمَكِ التَّذْكِيَةَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ[6]: أَمَّا إِنْسَانُ الْمَاءِ، وَخِنْزِيرُ الْمَاءِ؛ فَلَا يُؤْكَلَانِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْحَالَاتِ.

وَسَبَبُ [ب/ ٢٣٠ظ] **اخْتِلَافِهِمْ**:

هُوَ هَلْ يَتَنَاوَلُ لُغَةً أَوْ شَرْعًا اسْمُ الْخِنْزِيرِ وَالْإِنْسَانِ - خِنْزِيرَ الْمَاءِ وَإِنْسَانَهُ.

١٥٠٦ وَعَلَى هَذَا: يَجِبُ أَنْ يَتَطَرَّقَ الخلاف إِلَى كُلِّ حَيَوَانٍ فِي الْبَحْرِ، مُشَارِكٍ بِالِاسْمِ لِحَيَوَانٍ مُحَرَّمٍ فِي الْبَرِّ، مِثْلَ الْكَلْبِ عِنْدَ مَنْ يَرَى تَحْرِيمَهُ.

وَالنَّظَرُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَرْجِعُ إِلَى أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ هَذِهِ الْأَسْمَاءُ[7] لُغَوِيَّةٌ؟

---

(١) قارن بـ «الإشراف»، لابن المنذر (٣/ ٤٦٧).

(٢) «الفواكه الدواني»، للنفراوي (١/ ٣٦٧)، «شرح مختصر خليل» (٢/ ٣٦٦).

(٣) «قال ابن القاسم: ولقد سألنا مالكًا عن خنزير الماء، فلم يكن يجيبنا فيه، ويقول: أنتم تقولون خنزير، قال ابن القاسم: إني لأتقيه ولو أكله رجلٌ، لم أره حرامًا». «المدونة» (١/ ٥٣٧)، «الكافي»، لابن عبد البر (١/ ٤٣٧).

(٤) كما في «الاستذكار» (٥/ ٢٨٤). (٥) «الإشراف» (٣/ ٤٦٧).

(٦) «الإشراف»، لابن المنذر (٣/ ٤٦٧).

(٧) في (م): «الأشياء».

وَالثَّانِي: هَلْ لِلِاسْمِ الْمُشْتَرَكِ عُمُومٌ؟

فَإِنَّ إِنْسَانَ الْمَاءِ وَخِنْزِيرَهُ يُقَالَانِ مَعَ خِنْزِيرِ الْبَرِّ وَإِنْسَانِهِ بِاشْتِرَاكِ الِاسْمِ؛ فَمَنْ سَلَّمَ أَنَّ هَذِهِ الأشياء لُغَوِيَّةٌ، وَرَأَى أَنَّ لِلِاسْمِ الْمُشْتَرَكِ عُمُومًا، لَزِمَهُ أَنْ يَقُولَ بِتَحْرِيمِهَا، وَلِذَلِكَ تَوَقَّفَ مَالِكٌ [م/١٤٤و]، وَقَالَ: أَنْتُمْ تُسَمُّونَهُ خِنْزِيرًا.

فَهَذِهِ هي حَالُ الْحَيَوَانِ الْمُحَرَّمِ الْأَكْلِ فِي الشَّرْعِ، وَالْحَيَوَانِ الْمُبَاحِ الْأَكْلِ.

❁ ❁ ❁

(كتاب الأشربة)[١]

وَأَمَّا النَّبَاتُ الَّذِي هُوَ غِذَاءٌ فَكُلُّهُ حَلَالٌ، إِلَّا الْخَمْرَ، وَسَائِرَ الْأَنْبِذَةِ الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْعُصَارَاتِ الَّتِي تَتَخَمَّرُ وَمِنَ الْعَسَلِ نَفْسِهِ.

أَمَّا الْخَمْرُ:

١٥٠٧ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى تَحْرِيمِ قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا[٢]؛ أَعْنِي: الَّتِي هِيَ مِنْ عَصِيرِ الْعِنَبِ.

وَأَمَّا الْأَنْبِذَةُ:

١٥٠٨ فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي الْقَلِيلِ مِنْهَا الَّذِي لَا يُسْكِرُ.

١٥٠٩ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُسْكِرَ مِنْهَا حَرَامٌ[٣].

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْحِجَازِ وَجُمْهُورُ الْمُحَدِّثِينَ: قَلِيلُ الْأَنْبِذَةِ وَكَثِيرُهَا الْمُسْكِرَةِ حَرَامٌ.

وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ مِنَ التَّابِعِينَ، وَسُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ، [أ/ ٢٧٢و] وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَشَرِيكٌ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَسَائِرُ فُقَهَاءِ الْكُوفِيِّينَ، وَأَكْثَرُ عُلَمَاءِ الْبَصْرِيِّينَ[٤]: [ج/ ٢١٢ظ] إِنَّ الْمُحَرَّمَ مِنْ سَائِرِ الْأَنْبِذَةِ الْمُسْكِرَةِ هُوَ السُّكْرُ نَفْسُهُ لَا الْعَيْنُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَعَارُضُ الْآثَارِ وَالْأَقْيِسَةِ فِي هَذَا الْبَابِ، فَلِلْحِجَازِيِّينَ فِي تَثْبِيتِ مَذْهَبِهِمْ طَرِيقَتَانِ:

---

(١) ليست في (ج)، و(م).

(٢) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٨/ ٣).

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥١).

(٤) كما في «الاستذكار» (٨/ ٤).

الطَّرِيقَةُ الْأُولَى: الْآثَارُ الْوَارِدَةُ فِي ذَلِكَ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: تَسْمِيَةُ الْأَنْبِذَةِ بِأَجْمَعِهَا خَمْرًا.

فَمِنْ أَشْهَرِ الْآثَارِ الَّتِي تَمَسَّكَ بِهَا أَهْلُ الْحِجَازِ: مَا رَوَاهُ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: «سُئِلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الْبِتْعِ، وَعَنْ نَبِيذِ الْعَسَلِ؟ فَقَالَ: **كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ فَهُوَ حَرَامٌ**»؛ خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ(١).

وَقَالَ يَحْيَى [ب/ ٢٣١و] بْنُ مَعِينٍ(٢): هَذَا أَصَحُّ حَدِيثٍ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي تَحْرِيمِ الْمُسْكِرِ.

وَمِنْهَا أَيْضًا: مَا خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ قَالَ: «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ**»(٣).

فَهَذَانِ حَدِيثَانِ صَحِيحَانِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَاتَّفَقَ الْكُلُّ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَانْفَرَدَ بِتَصْحِيحِهِ مُسْلِمٌ.

وَخَرَّجَ التِّرْمِذِيُّ(٤)، وَأَبُو دَاوُدَ(٥)، وَالنَّسَائِيُّ(٦)، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**».

وَهُوَ نَصٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ.

وَأَمَّا الِاسْتِدْلَالُ الثَّانِي مِنْ أَنَّ الْأَنْبِذَةَ كُلَّهَا تُسَمَّى خَمْرًا؛ فَلَهُمْ فِي ذَلِكَ طَرِيقَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: مِنْ جِهَةِ إِثْبَاتِ الْأَسْمَاءِ؛ بِطَرِيقِ الِاشْتِقَاقِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٨٥)، ومسلم (٢٠٠١).

(٢) «الاستذكار» (٨/ ٢٠).

(٣) رواه مسلم (٢٠٠٣).

(٤) (برقم: ١٨٦٥) وقال: هذا حديث حسن غريب.

(٥) (برقم: ٣٦٨١).

(٦) (برقم: ٥٦٠٧).

وَالثَّانِيةُ: مِنْ جِهَةِ السَّمَاعِ[(١)].

فَأَمَّا الَّتِي مِنْ جِهَةِ الِاشْتِقَاقِ: فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ أَنَّ الْخَمْرَ إِنَّمَا سُمِّيَتْ خَمْرًا لِمُخَامَرَتِهَا الْعَقْلَ، فَوَجَبَ لِذَلِكَ أَنْ يَنْطَلِقَ لُغَةً اسْمُ الْخَمْرِ عَلَى كُلِّ مَا خَامَرَ الْعَقْلَ.

١٥١٠ وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ مِنْ إِثْبَاتِ الْأَسْمَاءِ فِيهَا اخْتِلَافٌ بَيْنَ الْأُصُولِيِّينَ، وَهِيَ غَيْرُ مَرْضِيَّةٍ عِنْدَ الْخُرَاسَانِيِّينَ.

وَأَمَّا الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ، الَّتِي مِنْ جِهَةِ السَّمَاعِ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ وَإِنْ لَمْ يُسَلَّمْ لَنَا أَنَّ الْأَنْبِذَةَ تُسَمَّى فِي اللُّغَةِ خَمْرًا؛ فَإِنَّهَا تُسَمَّى خَمْرًا شَرْعًا[(٢)].

وَاحْتَجُّوا فِي ذَلِكَ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمِ، وَبِمَا رُوِيَ أَيْضًا، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ: النَّخْلَةِ، وَالْعِنَبَةِ**»[(٣)].

وَمَا رُوِيَ أَيْضًا، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**إِنَّ مِنَ الْعِنَبِ خَمْرًا، وِمِنَ الْعَسَلِ** [أ/٢٧٢ظ] **خَمْرًا، وَمِنَ الزَّبِيبِ خَمْرًا، وَمِنَ الْحِنْطَةِ خَمْرًا، وَأَنَا أَنْهَاكُمْ عَنْ كُلِّ مُسْكِرٍ**»[(٤)].

---

(١) في (ج): «الشرع».

(٢) كذا في (ج)، وفي بقية النسخ: «شرعيًّا».

(٣) رواه مسلم (١٩٨٥).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٢٧٣)، وابن ماجه (٣٣٧٩)، والبزار (٣٢٥٤)، والعقيلي (٢/ ١٧٧)، وابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» (٢/ ١/ ٢٨٢)، وأبو جعفر النحاس في «الناسخ والمنسوخ» (١/ ٥٩٣)، وابن عدي (٣/ ١٢٩٦)، والدارقطني (٤/ ٢٥٣)، والحاكم (٤/ ١٢٨)، وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٣٢٧)، والخطيب في «التاريخ» (٤/ ٤٢٦)، من طرق، عن السَّرِي بن إسماعيل الكوفي: أنّ الشعبي حدّثه أنّه سمع النعمان بن بشير يقول: قال رسول الله ﷺ: «**إنّ من الحنطة خمرًا، ومن الشعير خمرًا، ومن الزبيب خمرًا، ومن التمر خمرًا، ومن العسل خمرًا، وأنهاكم عن كل مسكر**».

قال الحاكم: صحيح الإسناد.

=

فَهَذِهِ هِيَ عُمْدَةُ الْحِجَازِيِّينَ فِي تَحْرِيمِ الْأَنْبِذَةِ.

وَأَمَّا الْكُوفِيُّونَ: فَإِنَّهُمْ تَمَسَّكُوا لِمَذْهَبِهِمْ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧]، وَبِآثَارٍ رَوَوْهَا فِي هَذَا الْبَابِ، وَبِالْقِيَاسِ الْمَعْنَوِيِّ.

أَمَّا احْتِجَاجُهُمْ بِالْآيَةِ: فَإِنَّهُمْ قَالُوا: السَّكَرُ هُوَ الْمُسْكِرُ، وَلَوْ [ب/١٣١ظ] كَانَ مُحَرَّمَ الْعَيْنِ لَمَا سَمَّاهُ اللهُ رِزْقًا حَسَنًا.

وَأَمَّا الْآثَارُ الَّتِي اعْتَمَدُوهَا فِي هَذَا الْبَابِ؛ فَمِنْ أَشْهَرِهَا عِنْدَهُمْ حَدِيثُ أَبِي عَوْنٍ الثَّقَفِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ شَدَّادٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ قَالَ: «**حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا، وَالسُّكْرُ**[(١)] **مِنْ غَيْرِهَا**»[(٢)].

(وَقَالُوا: هَذَا نَصٌّ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ.

= وتعقبه الذهبي، فقال: قلت: السري تركوه، وهذا السند فليتأمل.

قلت: في رواية العقيلي وابن أبي حاتم ـ وهي رواية لابن عدي أيضًا ـ، أنّ يحيى بن سعيد القطان عندما سمع السري بن إسماعيل يحدث بهذا الحديث قال: فتركته.

قال ابن أبي حاتم: يعني ترك السري؛ فلم يحمل عنه لإنكاره ما حدَّث به عن الشعبي؛ لأنّ الثقات يروون عن أبي حيان التيمي، عن الشعبي، عن ابن عمر عن عمر قوله: إن الخمر نزل تحريمها يوم نزل، وهي من خمسة.

وقال ابن عدي: وهذا الحديث هو الذي أنكره يحيى القطان على السَّرِي بن إسماعيل؛ فتركه من أجل هذا الحديث.

(١) قال الخطابي في «إعلام غلط المحدثين» (ص١٣٨): «يرويه عامّة المحدّثين: والسُّكر من كلِّ شراب، مضمومة السِّين، فيبيحون به قليل المسكر، والصواب أن يقال: السَّكَر مفتوحة السين والكاف».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٠٦٧)، وأحمد في «العلّل» (٧٢٣)، والنسائي (٨/ ٣٢١)، وبحشل في «تاريخ واسط» (١٥٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١٤)، والنحاس في «الناسخ والمنسوخ» (١٧٩)، والطبراني (١٠٨٣٧)، وأبو نعيم في مسند أبي حنيفة (٢/ ٤٤ ـ ٤٥)، وابن حزم (٧/ ٤٨١).

قال الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٥٣): «رواه الطبراني بأسانيد، ورجال بعضها رجال الصّحيح».

وَضَعَّفَهُ أَهْلُ الْحِجَازِ؛ لِأَنَّ بَعْضَ رُوَاتِهِ رَوَى: «وَالْمُسْكِرُ [ج/٢١٣و] مِنْ غَيْرِهَا»(١))(٢).

وَمِنْهَا: حَدِيثُ شَرِيكٍ، عَنْ سِمَاكِ بْنِ حَرْبٍ؛ بِإِسْنَادِهِ ـ (عَنْ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ نِيَارٍ)(٣) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ [م/١٤٤ظ] ﷺ: «**إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ الشَّرَابِ فِي الْأَوْعِيَةِ، فَاشْرَبُوا فِيمَا بَدَا لَكُمْ وَلَا تَسْكَرُوا**»؛ خَرَّجَهَا الطَّحَاوِيُّ(٤).

وَرَوَوْا عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُ قَالَ: شَهِدْتُ تَحْرِيمَ النَّبِيذِ كَمَا شَهِدْتُمْ، ثُمَّ شَهِدْتُ تَحْلِيلَهُ؛ فَحَفِظْتُ وَنَسِيتُمْ(٥).

وَرَوَوْا عَنْ أَبِي مُوسَى، قَالَ: «بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَا وَمُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ، فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ بِهَا شَرَابَيْنِ يُصْنَعَانِ مِنَ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ: أَحَدُهُمَا يُقَالُ لَهُ: الْمِزْرُ، وَالْآخَرُ يُقَالُ لَهُ: الْبِتْعُ، فَمَا نَشْرَبُ؟ فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **اشْرَبَا، وَلَا تَسْكَرَا**». خَرَّجَهُ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا(٦).

إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْآثَارِ الَّتِي ذَكَرُوهَا فِي هَذَا الْبَابِ.

وَأَمَّا احْتِجَاجُهُمْ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ:

---

(١) «الاستذكار» (٨/ ٢٥).
قال المُحَدِّث الغُمَاري: قلت: وليس ضعفه لذلك فقط؛ بل لأنه موقوف على ابن عباس من كلامه، ومن رفعه إلى النبي ﷺ فقد وهم. ينظر: «الهداية» (٦/ ٣٢٦).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) في (ب): «عن أبي بردة عن أبي أيوب بن نيار».

(٤) في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٢٨).

(٥) قال المحدث الغُمَاري في «الهداية في تخريج أحاديث البداية» (٦/ ٣٣١): «لم أره بهذا اللفظ. وعند ابن ماجه (٣٤٠٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٢٨)، وابن حِبَّان (٥٤٠٩) عنه، قال: «قال رسول الله ﷺ: «**إني نهيتكم عن نَبيذ الأوعيَةِ ألا وإنَّ وعاءً لا يُحَرِّمُ شيئًا. وكل مُسْكِرٍ حَرَامٌ**»؛ فإن كان المراد من النبيذ في الأثر الذي ذكره ابن رشد الانتباذ فهذا معناه، وهو الواقع إن شاء الله، وإن كان المراد المشروب نفسه؛ فهو غريب».اهـ.

(٦) في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٢٠).

فَإِنَّهُمْ قَالُوا: قَدْ نَصَّ الْقُرْآنُ أَنَّ عِلَّةَ التَّحْرِيمِ فِي الْخَمْرِ إِنَّمَا هِيَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَوُقُوعُ الْعَدَاوَةِ وَالْبَغْضَاءِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾ [المائدة: ٩١].

وَهَذِهِ الْعِلَّةُ إنما تُوجَدُ فِي الْقَدْرِ الْمُسْكِرِ، لَا فِيمَا دُونَ ذَلِكَ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ هذا الْقَدْرُ هُوَ الْحَرَامَ، إِلَّا مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ [أ/ ٢٧٣و] مِنْ تَحْرِيمِ قَلِيلِ الْخَمْرِ وَكَثِيرِهَا. قَالُوا: وَهَذَا النَّوْعُ مِنَ الْقِيَاسِ يَلْتَحِقُ بِالنَّصِّ، وَهُوَ الْقِيَاسُ الَّذِي يُنَبِّهُ الشَّرْعُ عَلَى الْعِلَّةِ فِيهِ.

وَقَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ أَهْلِ النَّظَرِ: حُجَّةُ الْحِجَازِيِّينَ مِنْ طَرِيقِ السَّمْعِ أَقْوَى، وَحُجَّةُ الْعِرَاقِيِّينَ مِنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ أَظْهَرُ.

وَإِذَا كَانَ هَذَا كَمَا قَالُوا، فَيَرْجِعُ الْخِلَافُ إِلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي تَغْلِيبِ الْأَثَرِ عَلَى الْقِيَاسِ، أَوْ تَغْلِيبِ الْقِيَاسِ عَلَى الْأَثَرِ إِذَا تَعَارَضَا، وَهِيَ[١] مَسْأَلَةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا.

١٥١١ **لَكِنَّ الْحَقَّ**: أَنَّ الْأَثَرَ إِذَا كَانَ نَصًّا [ب/ ٢٣٢و] ثَابِتًا، فَالْوَاجِبُ أَنْ يُغَلَّبَ عَلَى الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ ظَاهِرُ اللَّفْظِ مُحْتَمِلًا لِلتَّأْوِيلِ؛ فَهُنَا يَتَرَدَّدُ النَّظَرُ[٢]، (هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِأَنْ يُتَأَوَّلَ اللَّفْظُ، أَوْ يُغَلَّبَ ظَاهِرُ اللَّفْظِ عَلَى مُقْتَضَى الْقِيَاسِ؟

وَذَلِكَ مُخْتَلِفٌ)[٣] بِحَسَبِ قُوَّةِ لَفْظٍ لَفْظٍ مِنَ الْأَلْفَاظِ الظَّاهِرَةِ، وَقُوَّةِ قِيَاسٍ قِيَاسٍ مِنَ الْقِيَاسَاتِ الَّتِي تُقَابِلُهَا، وَلَا يُدْرَكُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا، إِلَّا بِالذَّوْقِ الْعَقْلِيِّ، كَمَا يُدْرَكُ الْمَوْزُونُ مِنَ الْكَلَامِ مِنْ غَيْرِ الْمَوْزُونِ، وَرُبَّمَا كَانَ الذَّوْقَانِ عَلَى التَّسَاوِي، وَلِذَلِكَ كَثُرَ الِاخْتِلَافُ فِي هَذَا النَّوْعِ؛ حَتَّى قَالَ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ: كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبٌ.

---

(١) في (أ)، (ب): «في».
(٢) في (أ): «الظاهر».
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

١٥١٢ وَالَّذِي يَظْهَرُ لِي ـ وَاللهُ أَعْلَمُ ـ أَنَّ قَوْلَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ**»(١)، وَإِنْ كَانَ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْقَدْرُ الْمُسْكِرُ لَا الْجِنْسُ الْمُسْكِرُ، فَإِنَّ ظُهُورَهُ فِي تَعْلِيقِ التَّحْرِيمِ بِالْجِنْسِ أَغْلَبُ عَلَى الظَّنِّ مِنْ تَعْلِيقِهِ بِالْقَدْرِ؛ لِمَكَانِ مُعَارَضَةِ ذَلِكَ الْقِيَاسِ لَهُ، عَلَى مَا تَأَوَّلَهُ عليه الْكُوفِيُّونَ، فَإِنَّهُ لَا يَبْعُدُ أَنْ يُحَرِّمَ الشَّارِعُ قَلِيلَ الْمُسْكِرِ وَكَثِيرَهُ سَدًّا للذريعةِ وَتَغْلِيظًا، مَعَ أَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يُوجَدُ فِي الْكَثِيرِ.

وَقَدْ ثَبَتَ مِنْ حَالِ الشَّرْعِ بِالْإِجْمَاعِ: أَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي الْخَمْرِ الْجِنْسَ دُونَ الْقَدْرِ، فَوَجَبَ (لِكُلِّ مَا)(٢) وُجِدَتْ فِيهِ عِلَّةُ الْخَمْرِ أَنْ يُلْحَقَ بِالْخَمْرِ، وَأَنْ يَكُونَ عَلَى مَنْ زَعَمَ وُجُودَ الْفَرْقِ إِقَامَةُ الدَّلِيلِ عَلَى ذَلِكَ، [ج/٢١٣ظ]، هَذَا إِنْ لَمْ يُسَلِّمُوا لَنَا صِحَّةَ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**»(٣).

فَإِنَّهُمْ إِنْ سَلَّمُوهُ لَمْ يَجِدُوا عَنْهُ انْفِكَاكًا؛ فَإِنَّهُ نَصٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ، وَلَا يَصِحُّ [أ/٢٧٣ظ] أَنْ تُعَارَضَ النُّصُوصُ بِالْمَقَايِيسِ.

[١٥١٢/...] وَأَيْضًا، فَإِنَّ الشَّرْعَ قَدْ أَخْبَرَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ مَضَرَّةً وَمَنْفَعَةً، فَقَالَ تَعَالَى: ﴿قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩]، وَكَانَ الْقِيَاسُ إِذَا قُصِدَ الْجَمْعُ بَيْنَ انْتِفَاءِ الْمَضَرَّةِ وَوُجُودِ الْمَنْفَعَةِ أَنْ يُحَرَّمَ كَثِيرُهَا وَيُحَلَّلَ قَلِيلُهَا؛ فَلَمَّا غَلَّبَ الشَّرْعُ حُكْمَ الْمَضَرَّةِ عَلَى الْمَنْفَعَةِ فِي الْخَمْرِ، وَمَنَعَ الْقَلِيلَ مِنْهَا وَالْكَثِيرَ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فِي كُلِّ مَا يُوجَدُ فِيهِ عِلَّةُ تَحْرِيمِ الْخَمْرِ، إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ فِي ذَلِكَ فَارِقٌ شَرْعِيٌّ.

١٥١٣ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الِانْتِبَاذَ حَلَالٌ، مَا لَمْ تَحْدُثْ فِيهِ الشِّدَّةُ الْمُطْرِبَةُ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) كذا في (ج)، وفي بقية النسخ: «كلما».

(٣) تقدم تخريجه.

الْخَمْرِيَّةُ؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**فَانْتَبِذُوا، وَكُلُّ** [ب/ ٢٣٢ظ] **مُسْكِرٍ حَرَامٌ**»(١).

وَلِمَا ثَبَتَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «أَنَّهُ كَانَ يَنْتَبِذُ، وَأَنَّهُ كَانَ يُرِيقُهُ فِي الْيَوْمِ (الثَّانِي والثَّالِثِ)»(٢).

١٥١٤ وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: فِي الْأَوَانِي الَّتِي يُنْتَبَذُ [م/ ١٤٥و] فِيهَا.

وَالثَّانِيَةُ: فِي انْتِبَاذِ شَيْئَيْنِ، مِثْلَ الْبُسْرِ وَالرُّطَبِ، وَالتَّمْرِ وَالزَّبِيبِ.

فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى:

١٥١٥ فَإِنَّهُمْ **أَجْمَعُوا** عَلَى جَوَازِ الِانْتِبَاذِ فِي الْأَسْقِيَةِ(٣).

١٥١٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا سِوَاهَا:

فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ كَرِهَ الِانْتِبَاذَ فِي الدُّبَّاءِ وَالْمُزَفَّتِ، وَلَمْ يَكْرَهْ غَيْرَ ذَلِكَ(٤).

وَكَرِهَ الثَّوْرِيُّ(٥) الِانْتِبَاذَ فِي الدُّبَّاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالنَّقِيرِ وَالْمُزَفَّتِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٦) وَأَصْحَابُهُ: لَا بَأْسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي جَمِيعِ الظُّرُوفِ وَالْأَوَانِي.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ.

---

(١) رواه مالك (٢/ ٤٨٥). وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٥٨): «رواه البزار، وإسناده حسنٌ، رجاله رجال الصحيح».

(٢) في (ج): «الثالث أو الثاني».

(٣) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٨/ ١٦).

(٤) «شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة» (٢/ ٤٤٠)، «روضة المستبين»، لابن بزيزة (١/ ٧٢٠).

(٥) «الاستذكار» (٨/ ١٤).

(٦) «المبسوط» (٣٠/ ١٦٧)، «البناية شرح الهداية» (١٢/ ٣٨٩).

وَذَلِكَ: أَنَّهُ وَرَدَ مِنْ طَرِيقِ ابْنِ عَبَّاسٍ، النَّهْيُ عَنِ الِانْتِبَاذِ فِي الْأَرْبَعِ الَّتِي كَرِهَهَا[١] الثَّوْرِيُّ، وَهُوَ حَدِيثٌ ثَابِتٌ.

وَرَوَى مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ فِي «الْمُوَطَّأِ»: «أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ **نَهَى عَنِ الِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالْمُزَفَّتِ**»[٢].

وَجَاءَ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ، مِنْ طَرِيقِ شَرِيكٍ، عَنْ سِمَاكٍ، أَنَّهُ قَالَ: «**كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ (أَنْ[٣] تَنْتَبِذُوا فِي الدُّبَّاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالنَّقِيرِ وَالْمُزَفَّتِ، فَانْتَبِذُوا، وَلَا أُحِلُّ مُسْكِرًا**»[٤].

وَحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، الَّذِي رَوَاهُ مَالِكٌ فِي «الْمُوَطَّأِ»، وَهُوَ أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ قَالَ: «**كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ)**[٥] **عَنِ الِانْتِبَاذِ فَانْتَبِذُوا، وَكُلُّ**

---

(١) في (أ)، (ب): «ذكرها».

(٢) «موطأ مالك» (٢/ ٨٤٣).

(٣) هنا يبدأ خرم في (أ).

(٤) قال في «التمهيد» (٨/ ١٦): «رواه أبو حزرة يعقوب بن مجاهد، عن عبد الرحمٰن بن جابر، عن أبيه، عن النبي ﷺ.
وروى واسع بن حبان، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ مثله.
وروى أبو العالية وغيره، عن عبد الله بن المغفل، قال: شهدت رسول الله ﷺ حين نهى عن نبيذ الجر وشدته ﷺ؛ حين أمر بالشرب منه. وقال ﷺ: «**اجتنبوا كل مسكر**».
وروى سفيان الثوري، عن علقمة بن مرثد، عن ابن بريدة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مثله. وروى سماك بن حرب، عن القاسم بن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه، عن أبي بردة بن دثار، قال: قال لنا رسول الله ﷺ: **إني كنت نهيتكم عن الشراب في الأوعية فاشربوا في ما بدا لكم، ولا تشربوا مسكرًا**».
وقال شريك في هذا الحديث عن سماك بإسناده: فاشربوا في ما بدا لكم، ولا تسكروا. ولم يقل ذلك غير شريك.
وروى خالد الحذاء، عن شهر بن حوشب، عن أبي هريرة قال: لما انصرف وفد عبد القيس، قال النبي ﷺ: «**كل امرئ حسب نفسه؛ لينبذ كل قوم في ما بدا لهم**»» اهـ.

(٥) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

مُسْكِرٍ حَرَامٌ»(١).

فَمَنْ رَأَى أَنَّ النَّهْيَ الْمُتَقَدِّمَ الَّذِي نُسِخَ إِنَّمَا كَانَ نَهْيًا عَنِ الِانْتِبَاذِ فِي هَذِهِ الْأَوَانِي؛ إِذْ لَمْ يُعْلَمْ هَا هُنَا نَهْيٌ مُتَقَدِّمٌ غَيْرُ ذَلِكَ، قَالَ: [أ/ ٢٧٤و] يَجُوزُ الِانْتِبَاذُ فِي كُلِّ شَيْءٍ.

وَمَنْ قَالَ: إِنَّ النَّهْيَ الْمُتَقَدِّمَ الَّذِي نُسِخَ إِنَّمَا كَانَ نَهْيًا عَنِ الِانْتِبَاذِ مُطْلَقًا، قَالَ: بَقِيَ النَّهْيُ عَنِ الِانْتِبَاذِ فِي (هَذِهِ(٢) الْأَوَانِي مُطْلَقًا.

فَمَنِ اعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: بِالْآنِيَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ فِيهِ.

وَمَنِ اعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ بِالْأَرْبَعَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ مَزِيدًا، وَالْمُعَارَضَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَدِيثِ ابْنِ عباس، إِنَّمَا هِيَ مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ.

وَفِي كِتَابِ مُسْلِمٍ(٣): النَّهْيُ عَنِ الِانْتِبَاذِ فِي)(٤) الْجَرَّةِ.

وَفِيهِ أَنَّهُ رَخَّصَ لَهُمْ فِيهِ إِذَا كَانَ غَيْرَ مُزَفَّتٍ(٥).

١٥١٧ وأَمَّا [ب/ ٢٣٣و] الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ، وَهِيَ انْتِبَاذُ الْخَلِيطَيْنِ(٦)، (مِنَ الْأَشْيَاءِ الَّتِي تَقْبَلُ الِانْتِبَاذَ)(٧):

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ(٨) قَالُوا بِتَحْرِيمِ الْخَلِيطَيْنِ مِنَ الْأَشْيَاءِ، الَّتِي مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تَقْبَلَ الِانْتِبَاذَ.

---

(١) رواه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٨٥). (٢) هنا يبدأ خرم في (ب).

(٣) (برقم: ١٩٩٧)، عن جبلة بن سُحَيم، قال: سمعت ابن عمر، يحدث، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الحنتمة»، فقلت: ما الحنتمة؟ قال: «الجرة».

(٤) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

(٥) (برقم: ٢٠٠٠)، عن عبد الله بن عمرو، قال: «لما نهى رسول الله ﷺ عن النبيذ في الأوعية، قالوا: ليس كل الناس يجد، فأرخص لهم في الجر غير المزفت».

(٦) قال القاضي عياض: هما النوعان من النبيذ؛ كنبيذ التمر ونبيذ الزبيب، يخلطان عند الشرب والتمر والزبيب يخلطان عند الانتباذ. «مشارق الأنوار» (١/ ٢٣٦).

(٧) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م). (٨) «الاستذكار» (٨/ ١٦).

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلِ [ج/٢١٤و] الِانْتِبَاذُ مَكْرُوهٌ(١).

وَقَالَ قَوْمٌ: هُوَ مُبَاحٌ.

وَقَالَ قَوْمٌ: كُلُّ خَلِيطَيْنِ فَهُمَا حَرَامٌ(٢)، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا مِمَّا يَقْبَلَانِ الِانْتِبَاذَ فِيمَا أَحْسَبُ الْآنَ.

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ:

تَرَدُّدُهُمْ فِي محلِ النَّهْيِ الْوَارِدُ فِي ذَلِكَ؛ هَلْ هُوَ عَلَى الْكَرَاهَةِ، أَوْ عَلَى الْحَظْرِ؟

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ عَلَى الْحظْرِ، فَهَلْ يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ أَمْ لَا؟

وَذَلِكَ أَنَّهُ ثَبَتَ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَنْ يُخْلَطَ التَّمْرُ وَالزَّبِيبُ، وَالزَّهْوُ وَالرُّطَبُ، وَالْبُسْرُ وَالزَّبِيبُ**»(٣)، وَفِي بَعْضِهَا أَنَّهُ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**لَا تَنْتَبِذُوا الزَّهْوَ وَالزَّبِيبَ جَمِيعًا، وَلَا التَّمْرَ وَالزَّبِيبَ جَمِيعًا، وَانْتَبِذُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَتِهِ**»(٤).

فَيَخْرُجُ فِي ذَلِكَ بِحَسَبِ التَّأْوِيلِ، الْأَقَاوِيلُ الثَّلَاثَةُ(٥): قَوْلٌ بِتَحْرِيمِهِ، وَقَوْلٌ بِتَحْلِيلِهِ مَعَ الْإِثْمِ فِي الِانْتِبَاذِ، وَقَوْلٌ بِكَرَاهِيَةِ ذَلِكَ.

١٥١٨ (لَكِنَّهُ يَعْسُرُ هَاهُنَا تَعَلُّقُ الْإِثْمِ بِالْفِعْلِ دُونَ تَأْوِيلِ الْعَيْنِ، لِكَوْنِ الْخَلِيطَيْنِ مِنَ الْمَشْرُوبَاتِ؛ فَالظَّاهِرُ مِنْ أَمْرِ النَّهْيِ فِي هَذَا الْجِنْسِ: أَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِ)(٦).

---

(١) وهو مذهب مالك «القوانين الفقهية»، لابن جُزَي (ص١١٧)، «أسهل المدارك»، للكشناوي (٢/ ٦٦).

(٢) «الاستذكار» (٨/ ١٦).

(٣) رواه البخاري (٥٦٠٢)، ومسلم (١٩٨٨)، ولفظه عن عبد الله بن أبي قتادة، عن أبيه، قال: «نهى النبي ﷺ أن يجمع بين التمر والزهو، والتمر والزبيب، ولينبذ كل واحد منهما على حدة».

(٤) رواه مسلم (١٩٨٨/ ٢٤).

(٥) «الاستذكار» (٨/ ١٦).

(٦) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، فَلَعَلَّهُ اعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ عُمُومَ الْأَمرِ بِالِانْتِبَاذِ فِي حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ(١).

وَأَمَّا مَنْ مَنَعَ كُلَّ خَلِيطَيْنِ: فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ هُوَ الِاخْتِلَاطُ لَا مَا يَحْدُثُ عَنِ الِاخْتِلَاطِ مِنَ الشِّدَّةِ فِي النَّبِيذِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ تَمَسَّكَ بِعُمُومِ مَا وَرَدَ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْخَلِيطَيْنِ.

١٥١٩ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْخَمْرَ إِذَا تَخَلَّلَتْ مِنْ ذَاتِهَا جَازَ أَكْلُهَا(٢).

١٥٢٠ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا قُصِدَ تَخْلِيلُهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

التَّحْرِيمِ، وَالْكَرَاهَةِ، وَالْإِبَاحَةِ(٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ [أ/ ٢٧٤ظ]:

مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلْأَثَرِ، وَاخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ الْأَثَرِ. وَذَلِكَ: أَنَّ أَبَا دَاوُدَ، خَرَّجَ مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ: «أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ سَأَلَ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ أَيْتَامٍ وَرِثُوا خَمْرًا، فَقَالَ: **«أَهْرِقُوهَا!** قَالَ: أَفَلَا أَجْعَلُهَا خَلًّا؟ قَالَ: **لَا**»(٤).

فَمَنْ فَهِمَ مِنَ الْمَنْعِ سَدَّ ذَرِيعَةٍ [م/ ٤٥ظ]: حَمَلَ ذَلِكَ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ، وَمَنْ فَهِمَ النَّهْيَ لِغَيْرِ عِلَّةٍ، قَالَ بِالتَّحْرِيمِ.

١٥٢١ **وَيَتَخَرَّجُ** عَلَى هَذَا: أَنْ لَا تَحْرِيمَ أَيْضًا، عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى أَنَّ النَّهْيَ لَا يَعُودُ بِفَسَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ.

وَالْقِيَاسُ الْمُعَارِضُ لِحَمْلِ الْخَلِّ عَلَى التَّحْرِيمِ: أَنَّهُ قَدْ عُلِمَ مِنْ ضَرُورَةِ الشَّرْعِ أَنَّ الْأَحْكَامَ إِنَّمَا هِيَ لِلذَّوَاتِ الْمُخْتَلِفَةِ، وَذَاتُ الْخَمْرِ غَيْرُ ذَاتِ الْخَلِّ،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حكى الإجماع على ذلك: ابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٤٦)، وابن القطان في «الإقناع» (١/ ٣٢٦).

(٣) «الاستذكار» (٨/ ٢٢).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٧٥)، وصحَّحه ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/ ٦٣٠).

وَالْخَلُّ بِإِجْمَاعٍ حَلَالٌ[(١)]، [ب/٢٣٣ظ] فَإِذَا انْتَقَلَتْ ذَاتُ الْخَمْرِ إِلَى ذَاتِ الْخَلِّ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ حَلَالًا كَيْفَمَا انْتَقَلَ، (إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى جِهَةِ التَّضْيِيقِ)[(٢)].

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ

فِي اسْتِعْمَالِ الْمُحَرَّمَاتِ فِي حَالِ الِاضْطِرَارِ.

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]. وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ فِي السَّبَبِ الْمُحَلِّلِ، وَفِي جِنْسِ الشَّيْءِ الْمُحَلَّلِ، وَفِي مِقْدَارِهِ.

فَأَمَّا السَّبَبُ: فَهُوَ ضَرُورَةُ التَّغَذِّي؛ أَعْنِي: إِذَا لَمْ يَجِدْ شَيْئًا حَلَالًا يَتَغَذَّى بِهِ، وَهُوَ لَا خِلَافَ فِيهِ.

والسَّبَبُ الثَّانِي: طَلَبُ الْبُرْءِ، وَهَذَا الْمُخْتَلَفُ فِيهِ.

فَمَنْ أَجَازَهُ: احْتَجَّ بِإِبَاحَةِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - الْحَرِيرَ لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ؛ لِمَكَانِ حَكَّةٍ بِهِ[(٣)]، (وَأَمْرِهِ ﷺ لِلْعُرَنِيِّينَ بِشُرْبِ أَبْوَالِ الْإِبِلِ[(٤)]، لَكِنَّ هَذَا إِنَّمَا يَصِحُ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ [عمَّمَ][(٥)] الْأَحْوَالِ كُلِّهَا.

وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ[(٦)])[(٧)].

وَمَنْ مَنَعَهُ: فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَ أُمَّتِي فِيمَا حُرِّمَ عَلَيْهَا**»[(٨)].

---

(١) «مراتب الإجماع»، لابن حزم (ص١٣٧)، «الإفصاح»، لابن هبيرة (١/ ٣٠).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٣) يقصد الحديث، الذي رواه البخاري (٢٩١٩)، ومسلم (٢٠٧٦)، عن قتادة، أنَّ أنسًا حدثهم: «أن النبي ﷺ رخَّص لعبد الرحمٰن بن عوف، والزبير في قميصٍ من حرير، من حكةٍ كانت بهما».

(٤) البخاري (٦٨٠٣)، ومسلم (١٦٧١)، من حديث أنسٍ.

(٥) زيادة اقتضاها السياق، وهي في (ب): بياض بقدر كلمة.

(٦) «نهاية المحتاج» (٨/ ١٣٦). (٧) ما بين القوسين ليس في (ج)، (م).

(٨) علقه البخاري (٧/ ١١٠) عن ابن مسعود، ورواه ابن حبان (١٣٩٧)، والبيهقي في =

وَأَمَّا جِنْسُ الشَّيْءِ الْمُسْتَبَاحِ(١): فَهُوَ كُلُّ شَيْءٍ مُحَرَّمٍ مِثْلَ الْمَيْتَةِ وَغَيْرِهَا.
وَالِاخْتِلَافُ فِي الْخَمْرِ عِنْدَهُمْ: هُوَ مِنْ قِبَلِ التَّدَاوِي بِهَا، لَا مِنْ قِبَلِ اسْتِعْمَالِهَا فِي التَّغَذِّي، وَلِذَلِكَ أَجَازُوا لِلْعَطْشَانِ أَنْ يَشْرَبَهَا إِنْ كَانَ مِنْهَا رِيٌّ، وَلِلشَّرِقِ أَنْ يُزِيلَ شَرَقَهُ بِهَا.

١٥٢٢ وَأَمَّا مِقْدَارُ مَا يُؤْكَلُ [ج/ ٢١٤ظ] مِنَ الْمَيْتَةِ وَغَيْرِهَا:
فَإِنَّ مَالِكًا(٢) قَالَ: حَدُّ ذَلِكَ الشِّبَعُ، وَالتَّزَوُّدُ مِنْهَا حَتَّى يَجِدَ غَيْرَهَا.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ [أ/ ٢٧٥و](٣)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٤): لَا يَأْكُلُ مِنْهَا إِلَّا مَا يُمْسِكُ الرَّمَقَ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٥).

وَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ:

هَلِ الْمُبَاحُ لَهُ فِي حَالِ الِاضْطِرَارِ هُوَ جَمِيعُهَا، أَمْ مَا يُمْسِكُ الرَّمَقَ فَقَطْ؟
وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ جَمِيعُهَا؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

١٥٢٣ وَاتَّفَقَ مَالِكٌ(٦) وَالشَّافِعِيُّ(٧) عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِلْمُضْطَرِّ أَكْلُ الْمَيْتَةِ

= «الكبرى» (١٠/ ٨)، عن أم سلمة. انظر: «البدر المنير»، لابن الملقن (٨/ ٧١١).
ورواه البخاري موقوفًا، على ابن مسعود (٧/ ١١٠). وانظر: «فتح الباري» (١٠/ ٧٩).
(١) في (ج): «المباح».
(٢) «حاشية العدوي» (٣/ ٢٨)، «الفواكه الدواني» (١/ ٣٨٦).
(٣) «الغرر البهية» (٥/ ١٧٨).
(٤) «المبسوط» (١/ ١١٤)، «شرح مختصر الطحاوي»، للجصاص (٦/ ٣٩٣).
(٥) «شرح مختصر خليل»، للخرشي» (٣/ ٢٨).
«الإنصاف» (٢٧/ ٢٣٦)، «الفروع» (١٠/ ٣٨٠).
(٦) قال ابن جُزَي: «ويترخص بأكل الميتة للعاصي بسفر على المشهور». «القوانين الفقهية» (ص١١٦).
وفي «التفريع» (١/ ٣٢٠): «ومن اضطر إلى أكل الميتة وهو في سفر معصية، لم يأكل منها حتى يفارق المعصية».
(٧) قال الشافعي: «ومن خرج مسافرًا، فأصابته ضرورة بجوع أو عطش، ولم يكن سفره =

إِذَا كَانَ عَاصِيًا بِسَفَرِهِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [البقرة: ١٧٣]. وَذَهَبَ غَيْرُهُ إِلَى جَوَازِ ذَلِكَ[(١)])[(٢)].

(كَمُلَ كِتَابُ الْأَشْرِبَةِ وَالْأَطْعِمَةِ، وَبِتَمَامِهِ[(٣)] تَمَّ السِّفْرُ الْأَوَّلُ مِنَ الدِّيوَانِ، بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى وَحُسْنِ عَوْنِهِ، [وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ، وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كَثِيرًا][(٤)])[(٥)] [ب/ ٢٣٤و]

= في معصية الله ﷻ، حلَّ له ما حرم عليه مما نصف إن شاء الله تعالى. ومن خرج عاصيًا لم يحل له شيء مما حرم الله ﷻ عليه بحالٍ، لأنَّ الله تبارك وتعالى إنما أحل ما حرم بالضرورة، على شرط أن يكون المضطر غير باغٍ ولا عادٍ ولا متجانفٍ لإثم. ولو خرج عاصيًا ثم تاب؛ فأصابته الضرورة بعد التوبة رجوت أن يسعه أكل المحرم وشربه. ولو خرج غير عاصٍ، ثم نوى المعصية، ثم أصابته الضرورة ونيته المعصية، خشيت أن لا يسعه المحرم، لأني أنظر إلى نيته في حال الضرورة، لا في حال تقدمتها ولا تأخرت عنها». «الأم» (٢/ ٢٧٧)، «الغرر البهية» (٥/ ١٧٨).
مذهب الحنابلة: قال الحَجَّاوي: «وليس للمضطر في سفر المعصية؛ كقاطع الطريق والآبق الأكل من الميتة ونحوها، إلا أن يتوب وإن وجد طعامًا جهل مالكه». «الإقناع» (٤/ ٣١٢)، «مطالب أولي النهى» (٦/ ٣١٨).

(١) هنا انتهت النسخة (ج).
(٢) وهو مذهب الحنفية: «البناية شرح الهداية» (٣/ ٣٥، ٣٦)، «المحيط البرهاني» (٢/ ٢٤).
(٣) في (ب): «وبكماله».
(٤) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).
(٥) في (م): «تم وانقضى كتاب الأطعمة والأشربة، بحول الله وقوته وصلاته على محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ النِّكَاحِ

وَأُصُولُ هَذَا الْكِتَابِ تَنْحَصِرُ فِي خَمْسَةِ أَبْوَابٍ:
الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي مُقَدِّمَاتِ النِّكَاحِ.
الْبَابُ الثَّانِي: فِي مُوجِبَاتِ صِحَّةِ النِّكَاحِ.
الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ فِي النِّكَاحِ.
الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ.
الْبَابُ الْخَامِسُ: فِي الْأَنْكِحَةِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا وَالْفَاسِدَةِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

وَفِي هَذَا الْبَابِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ:
فِي حُكْمِ النِّكَاحِ.
وَفِي حُكْمِ خُطْبَةِ النِّكَاحِ.
وَفِي الْخِطْبَةِ عَلَى الْخِطْبَةِ.
وَفِي النَّظَرِ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ قَبْلَ التَّزْوِيجِ.

١٥٢٤ فَأَمَّا حُكْمُ النِّكَاحِ:
فَقَالَ قَوْمٌ: هُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَهُمُ الْجُمْهُورُ(٢).

---

(١) من (م).
(٢) انظر: «المبسوط»، للسرخسي (٤/ ١٩٣)، «الدر المختار»، للحصكفي، وحاشية ابن عابدين «رد المحتار» (٣/ ٧)، «المعونة على مذهب عالم المدينة» (ص٧١٧)، =

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: هُوَ وَاجِبٌ(١).

وَقَالَتِ الْمُتَأَخِّرَةُ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ: هُوَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ وَاجِبٌ، وَفِي حَقِّ بَعْضِهِمْ: مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ(٢).

وَفِي حَقِّ بَعْضِهِمْ: مُبَاحٌ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ بِحَسَبِ مَا يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْعَنَتِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ تُحْمَلُ صِيغَةُ الْأَمْرِ بِهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، وَفِي قَوْلِهِ ﷺ: «**تَنَاكَحُوا، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ**»(٣)، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ عَلَى الْوُجُوبِ أَوْ عَلَى النَّدْبِ أَوْ عَلَى الْإِبَاحَةِ؟

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: (إِنَّهُ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ وَاجِبٌ، وَفِي حَقِّ بَعْضِهِمْ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَفِي حَقِّ)(٤) بَعْضِهِمْ مُبَاحٌ، فَهُوَ الْتِفَاتٌ إِلَى الْمَصْلَحَةِ.

وَهَذَا النَّوْعُ مِنَ الْقِيَاسِ، هُوَ الَّذِي يُسَمَّى الْمُرْسَلَ، وَهُوَ الَّذِي [م/١٤٦و] لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ مُعَيَّنٌ يَسْتَنِدُ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ الْقَوْلُ بِهِ(٥).

= «شرح ابن ناجي على الرسالة» (٢/ ٣)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٠٣)، «كشاف القناع» (٥/ ٦).

(١) «المُحلى»، لابن حزم (٩/ ٣).

(٢) «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير (٢/ ٢١٤)، حيث قال: «فالراغب إن خشي على نفسه الزنا وجب عليه، وإن أدَّى إلى الإنفاق عليها من حرام، وإن لم يخشه ندب له».

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١٥٨)، وسعيد بن منصور (٤٩٠)، وابن حبان (٤٠١٧)، والبيهقي (٧/ ٨١ ـ ٨٢)، والقضاعي (٦٧٥)، عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ: ... فذكره.

وحسَّن إسناده الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٨).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٥) «الإحكام»، للآمدي (٤/ ١٦٠)، «شرح تنقيح الفصول» (ص٤٤٥).

١٥٢٥ وَأَمَّا خُطْبَةُ النِّكَاحِ الْمَرْوِيَّةُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ:

فَقَالَ الْجُمْهُورِ: إِنَّهَا لَيْسَتْ وَاجِبَةً(١).

وَقَالَ دَاوُدُ: هِيَ وَاجِبَةٌ(٢).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ يُحْمَلُ فِعْلُهُ فِي ذَلِكَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ عَلَى الْوُجُوبِ أَوْ عَلَى النَّدْبِ(٣)؟

١٥٢٦ وَأَمَّا الْخِطْبَةُ [أ/ ٢٧٥ظ] عَلَى الْخِطْبَةِ:

فَإِنَّ النَّهْيَ فِي ذَلِكَ ثَابِتٌ عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ(٤).

١٥٢٧ وَاخْتَلَفُوا: هَلْ يَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ أَوْ لَا يَدُلُّ؟

وَإِنْ كَانَ يَدُلُّ: فَفِي(٥) أَيِّ حَالَةٍ يَدُلُّ؟

فَقَالَ دَاوُدُ: يُفْسَخُ(٦).

---

(١) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٨)، «البحر الرائق»، لابن نجيم (٣/ ٨٦)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير (٢/ ٢١٦)، «شرح الخرشي» (٣/ ١٦٧)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤)، «نهاية المحتاج»، للرملي (٦/ ٢٠٦)، «كشاف القناع» (٥/ ٢١)، «الشرح الكبير»، لابن قدامة (٧/ ٣٦٧).

(٢) «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٨٢)، «المجموع» (١٦/ ٢٠٧).

(٣) قال الجصَّاص: «أفعال النبي ﷺ الواقعة على قصد منه يقتسمها وجوه ثلاثة: واجب، وندب، ومباح، إلا ما قامت الدلالة على أنه من الصغائر المعفوة. فإن ظهر منه فعل ليس في ظاهره دلالة على وقوعه منه، على أحد الوجوه الثلاثة التي ذكرنا، فقد اختلف الناس فيما يتعلق علينا من حكمها. فقال قائلون: واجب علينا أن نفعل مثله، حتى تقوم الدلالة على أنه غير واجب. وقال آخرون: ليس منها شيء واجب علينا فعله، حتى تقوم الدلالة على وجوبه، ولنا فعله على وجه الإباحة، إذ كان ذلك أدنى منازل أفعاله ﷺ. وقال آخرون: نقف فيه، ولا نفعله، لا على وجه الإباحة، ولا غيرها، حتى تقوم الدلالة على شيء من ذلك». «الفصول في الأصول» (٣/ ٢١٥).

(٤) البخاري (٢١٤٠)، ومسلم (١٤٠٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا.

(٥) في (م): «فعلى».

(٦) «المغني»، لابن قدامة (٧/ ١٤٦).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢): لَا يُفْسَخُ.

وَعَنْ مَالِكٍ(٣) الْقَوْلَانِ جَمِيعًا، وَثَالِثٌ: وَهُوَ أَنَّهُ يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَا يُفْسَخُ بَعْدَهُ(٤).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٥): إِنَّمَا مَعْنَى النَّهْيِ إِذَا خَطَبَ رَجُلٌ صَالِحٌ (عَلَى خِطْبَةِ رَجُلٍ صَالِحٍ)(٦)، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ غَيْرَ صَالِحٍ وَالثَّانِي صَالِحٌ جَازَ.

١٥٢٨ وَأَمَّا الْوَقْتُ عِنْدَ الْأَكْثَرِ:

فَهُوَ إِذَا رَكَنَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ لَا فِي أَوَّلِ الْخِطْبَةِ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، حَيْثُ [ب/٢٣٤ظ] جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ، وَمُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ خَطَبَاهَا، فَقَالَ: «**أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَرَجُلٌ لَا يَرْفَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ**(٧)**، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ: فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَلَكِنِ انْكِحِي أُسَامَةَ**»(٨).

١٥٢٩ وَأَمَّا النَّظَرُ إِلَى الْمَرْأَةِ عِنْدَ الْخِطْبَةِ(٩):

---

(١) «مغني المحتاج» (٤/ ٢٢٢)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٠٤).

(٢) «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٥٠). وانظر: «حاشية ابن عابدين رد المحتار» (٣/ ٥٣٣ ـ ٥٣٤).
وهو مذهب الحنابلة أيضًا. ينظر: «كشاف القناع» (٥/ ١٩)، «المغني»، لابن قدامة (٧/ ١٤٦).

(٣) «القوانين الفقهية» (ص١٣٠) حيث قال: ومن خطب على خطبة أخيه أُدِّب؛ فإن عقد لم يفسخ عقده وفاقًا لهما. وقيل: يفسخ وفاقًا للظاهرية.

(٤) قال ابن جُزَي: «وقيل: يفسخ قبل الدخول لا بعده». «القوانين الفقهية» (ص١٣٠).

(٥) قال ابن جُزَي: «ولا تجوز الخطبة على خطبة آخر بعد الإجابة أو الركون أو التقارب؛ قال ابن القاسم: هذا في المتشاكلين، ولا تحرم خطبة صالح على فاسق». «القوانين الفقهية» (ص١٣٠).

(٦) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٧) في (م): «النساء».

(٨) رواه مسلم (١٤٨٠).

(٩) عبارات أهل العلم الذين بيَّنوا حكم النظر إلى المخطوبة دائرة بين الإباحة والاستحباب.

=

فَأَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ لِلْوجْهِ وَالْكَفَّيْنِ فَقَطْ[(١)].

وَأَجَازَ ذَلِكَ غَيْرُهُ إِلَى جَمِيعِ الْبَدَنِ، سوى السَّوْأَتَيْنِ[(٢)].

وَمَنَعَ ذَلِكَ قَوْمٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ[(٣)].

وَأَجَازَ أَبُو حَنِيفَةَ النَّظَرَ إِلَى الْقَدَمَيْنِ مَعَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ[(٤)].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِم:

أَنَّهُ وَرَدَ الْأَمْرُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِنَّ مُطْلَقًا، وَوَرَدَ بِالْمَنْعِ مُطْلَقًا، وَوَرَدَ مُقَيَّدًا؛

= قال العيني: «ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها، وإن علم أنه يشتهيها؛ لقوله ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ، فيه: «**أبصرها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**»» في «البناية شرح الهداية» (١٢/ ١٣٥).

وقال الدسوقي: «ظاهر المصنف أن النظر مستحب، والذي في عبارة أهل المذهب الجواز، ولم يحك ابن عرفة الاستحباب إلا عن ابن القطان». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢١٥).

قال النووي: «وإذا قصد نكاحها سُنَّ نظره إليها». «منهاج الطالبين» (ص٢٠٤).

وقال المِرْداوي الحنبلي في «الإنصاف» (٨/ ١٧): «يجوز النظر إلى المخطوبة، وهذا هو المذهب، وقيل: يستحب، وهو الصواب».

(١) ينظر: «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢١٥)، «مواهب الجليل»، للحطاب (٣/ ٤٠٤).

وهو كذلك مذهب الشافعية، ورواية عن الحنابلة. «تحفة المحتاج»، للهيتمي (٧/ ١٩١)، «الإنصاف» (٨/ ١٨).

وأما المشهور من مذهب الحنابلة: فله النظر إلى ما يظهر غالبًا، كالرقبة، واليدين، والقدمين.

«شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٢٤)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١١).

(٢) وهو مذهب الأوزاعي: «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٩٧)، «فتح الباري»، لابن حجر (٩/ ١٨٢).

(٣) نقله الطحاوي عن جماعة، ولم يعينهم. كما ذكر ذلك ابن حَجَر قال: «ونقل عن الطحاوي عن قوم أنه لا يجوز النظر إلى المخطوبة قبل العقد بحالٍ؛ لأنها حينئذٍ أجنبية». «فتح الباري»، لابن حجر (٩/ ١٨٢).

وقال ابن عبد البر: «ومن أراد نكاح امرأة فليس له عند مالك أن ينظر إليها، ولا يتأمل محاسنها، وقد روي عنه: أنه ينظر إليها وعليها ثيابها». «الكافي» (٢/ ٥١٩).

(٤) «الاختيار» (٤/ ١٥٦).

أَعْنِي: بِالْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ، عَلَى مَا قَالَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] أَنَّهُ الْوَجْهُ وَالْكَفَّانِ، وعَلَى جَوَازِ كَشْفِهِمَا فِي الْحَجِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِ.

(فَمَنْ أَجَازَ النَّظَرَ إِلَى جَمِيعِ الْبَدَنِ: أَخَذَ بِعُمُومِ الْأَمْرِ بِالنَّظَرِ)[١].

وَمَنْ مَنَعَ تَمَسَّكَ بِالْأَصْلِ وَهُوَ تَحْرِيمُ النَّظَرِ إِلَى النِّسَاءِ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِي مُوجِبَاتِ صِحَّةِ النِّكَاحِ

وَهَذَا الْبَابُ يَنْقَسِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَرْكَانٍ:

الرُّكْنُ الْأَوَّلِ: فِي مَعْرِفَةِ كَيْفِيَّةِ هَذَا الْعَقْدِ.

الرُّكْنُ الثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ مَحَلِّ هَذَا الْعَقْدِ.

الثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ شُرُوطِ هَذَا الْعَقْدِ.

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: فِي الْكَيْفِيَّةِ:

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الرُّكْنِ فِي مَوَاضِعَ أربعة:

فِي كَيْفِيَّةِ الْإِذْنِ الْمُنْعَقِدِ بِهِ.

وَمَنِ الْمُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي لُزُومِ هَذَا الْعَقْدِ.

١٥٣٠ وَهَلْ يَجُوزُ عَقْدُهُ عَلَى الْخِيَارِ أَمْ لَا يَجُوزُ؟

وَهَلْ إِنْ تَرَاخَى الْقَبُولُ مِنْ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَزِمَ الْعَقْدُ، أَمْ مِنْ شَرْطِ هَذَا الْعَقْدِ الْفَوْرُ؟ أَمْ لَا؟

الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ:

الْإِذْنُ فِي النِّكَاحِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

فَهُوَ وَاقِعٌ فِي حَقِّ الرِّجَالِ وَالثَّيِّبِ مِنَ النِّسَاءِ بِالْأَلْفَاظِ، وفِي الْأَبْكَارِ [أ/٢٧٦و] الْمُسْتَأْذَنَاتِ وَاقِعٌ بِالسُّكُوتِ؛ أَعْنِي: الرِّضَا.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).

وَأَمَّا الرَّدُّ فَبِاللَّفْظِ:

١٥٣١ وَلَا خِلَافَ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ[١]؛ إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ[٢] أَنَّ إِذْنَ الْبِكْرِ إِذَا كَانَ الْمُنْكِحُ غَيْرَ أَبٍ وَلَا جَدٍّ بِالنُّطْقِ.

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ[٣] إِلَى أَنَّ إِذْنَهَا بِالصَّمْتِ؛ لِلثَّابِتِ مِنْ قَوْلِهِ

---

(١) قال البغوي في «شرح السُّنَّة» (٥/ ٢٧): «واتفقوا على أن البكر إذا استؤذنت في النكاح يكتفى بسكوتها، ويشترط صريح نطق الثيب».

(٢) هو أحد الوجهين عن الشافعية:
قال العمراني: «وإن زوج البكر البالغ غير الأب والجد من الأولياء. لم يصح حتى تستأذن، وهو إجماعٌ لا خلاف فيه.
وفي إذنها وجهان: **أحدهما**: لا يحصل إلا بنطقها، لأن كل من يفتقر نكاحها إلى إذنها.. افتقر إلى نطقها مع قدرتها على النطق، كالثيب.
والثاني: وهو المذهب: أنها إذا استؤذنت، فصمتت.. كان ذلك إذنًا منها في النكاح، لقوله ﷺ: «**اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت.. فهو إذنها**». ولأنها تستحيي أن تأذن بالنطق، بخلاف الثيب. «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ١٨١).
وقد وصف هذا الخلاف بأنه شذوذ عن أهل العلم، وترك للسُّنَّة الصحيحة الصريحة، يصان الشافعي عن إضافته إليه، وجعله مذهبًا له، مع كونه من أتبع الناس لسُنَّة رسول الله ﷺ، ولا يعرج منصف على هذا القول، كما قال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٤٠٨).
وهذا القول لم يعتبره المحققون من الشافعية، وعدّوه خطأً مخالفًا لعموم الأخبار. انظر: «الحاوي» (١١/ ٨٣)، «روضة الطالبين» (٦/ ٥٠).

(٣) مذهب الحنفية: قال ابن عابدين: «(ولا تجبر البالغة البكر على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو)؛ أي: الولي وهو السُّنَّة (أو وكيله أو رسوله أو زوجها) وليها وأخبرها رسوله أو الفضولي عدل (فسكتت) عن رده مختارة (أو ضحكت غير مستهزئة أو تبسمت أو بكت بلا صوت) فلو بصوتٍ لم يكن إذنًا ولا ردًّا حتى لو رضيت بعده انعقد سراج وغيره، فما في الوقاية والملتقى فيه نظر (فهو إذن)». «الدر المختار» وحاشية ابن عابدين «رد المحتار» (٣/ ٥٨) حيث. «البحر الرائق»، لابن نجيم (٣/ ١١٨).
مذهب المالكية، قال النفراوي: (فلا) يحل له أن (يزوجها) بغير إذنها (حتى تبلغ وتأذن) =

ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**»[١].

١٥٣٢ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى انْعِقَادَ النِّكَاحِ بِلَفْظِ النِّكَاحِ مِمَّنْ إِذْنُهُ اللَّفْظُ، وَكَذَلِكَ بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ[٢].

١٥٣٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِي انْعِقَادِهِ بِلَفْظِ الْهِبَةِ أَوْ بِلَفْظِ الْبَيْعِ أَوْ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ:

= لذلك الغير من الأولياء في النكاح، ويعين لها الزوج ويسمي لها الصداق وترضى بهما. قال خليل: وإن وكلته ممن أحب عين وإلا فلها الإجازة ولو بعد لا العكس (و) يكفي في (إذنها صماتها)؛ أي: سكوتها ولو جهلت الحكم. قال خليل: ورضا البكر صمت لأن شأن الأبكار الحياء، وأقوى في الدلالة على الرضا صنعها الطعام حين يقال لها: الليلة يحضر فلان لنعقد له عليك، فتفرش المحل وتصنع الطعام أو الشربات كما يفعله أهل الأمصار. «الفواكه الدواني»، للنفراوي (٢/ ٦)، «الكافي»، لابن عبد البر (٢/ ٥٢٤).

مذهب الشافعية: قال الدَّميري: «(وللأب تزويج البكر صغيرة وكبيرة بغير إذنها)... «**والبكر يزوجها أبوها**»... (بغير إذنها) راجع إلى الكبيرة؛ فإنَّ الصغيرة لا إذن لها، وقد يعود إليهما معًا....... (ويستحب استئذانها)؛ لقوله ﷺ: (**والبكر تستأمر وإذنها صماتها**) وأوجبه أبو حنيفة؛ لظاهر الأمر». ينظر: «النجم الوهاج» (٧/ ٧٠ ـ ٧١)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٤٦).

مذهب الحنابلة: قال البهوتي: (ويجبر أب ثيبًا دون ذلك)؛ أي: تسع سنين لأنه إذن لها معتبر (و) يجبر أب (بكرًا ولو) كانت (مكلفة).... فقسم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما؛ فدل على نفيه عن الآخر وهي البكر؛ فيكون وليها أحق منها بها. ودلَّ الحديث على أن الاستئمار هنا والاستئذان في الحديث السابق مستحب غير واجب (ويسن استئذانها)؛ أي: البكر إذا تم لها تسع سنين لما سبق». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٣٤ ـ ٦٣٥)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٥٤).

(١) رواه مسلم (١٤٢١).

(٢) حكى الإجماع: ابن هبيرة فِي «الإفصاح» (٢/ ١٠١)، والكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/ ٣١٧)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٤٦٠)، وابن نُجَيم في «البحر الرائق» (٣/ ٩١).

وقال ابن عبد البر: «لما أجمعوا أنه لا تنعقد هبة بلفظ النكاح، وجب ألا ينعقد النكاح بلفظ الهبة». «الاستذكار» (٥/ ٤٠٩).

(فَأَجَازَهُ قَوْمٌ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[١] وَأَبُو حَنِيفَةَ[٢].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: لَا يَنْعَقِدُ)[٤] إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ أَوِ التَّزْوِيجِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ هُوَ: هَلْ هُوَ عَقْدٌ يُعْتَبَرُ فِيهِ مَعَ النِّيَّةِ اللَّفْظُ الْخَاصُّ بِهِ، أَمْ لَيْسَ مِنْ صِحَّتِهِ اعْتِبَارُ اللَّفْظِ؟

فَمَنْ أَلْحَقَهُ بِالْعُقُودِ الَّتِي يُعْتَبَرُ فِيهَا الْأَمْرَانِ، قَالَ: لَا نِكَاحَ مُنْعَقِدٌ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ أَوِ التَّزْوِيجِ.

وَمَنْ قَالَ: إِنَّ [ب/٢٣٥و] اللَّفْظَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ أَجَازَ النِّكَاحَ بِأَيِّ لَفْظٍ اتَّفَقَ إِذَا فُهِمَ الْمَعْنَى الشَّرْعِيُّ مِنْ ذَلِكَ؛ أَعْنِي: إِذَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَعْنَى الشَّرْعِيِّ مُشَارَكَةٌ.

الْمَوْضِعُ الثَّانِي:

١٥٣٤ وَأَمَّا مَنِ الْمُعْتَبَرُ قَبُولُهُ[٥] فِي [م/١٤٦ظ] صِحَّةِ هَذَا الْعَقْدِ؛ فَإِنَّهُ يُوجَدُ فِي الشَّرْعِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَبَرُ فِيهِ رِضَا الْمُتَنَاكِحَيْنِ أَنْفُسِهِمَا؛ أَعْنِي: الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ؛ إِمَّا مَعَ الْوَلِيِّ، وَإِمَّا دُونَهُ، عَلَى مَذْهَبِ مَنْ لَا يَشْتَرِطُ الْوَلِيَّ (فِي رِضَا الْمَرْأَةِ الْمَالِكَةِ لِأَمْرِ نَفْسِهَا)[٦].

وَالثَّانِي: يُعْتَبَرُ فِيهِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ فَقَطْ.

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٢١)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ١٧٣).

(٢) «تبيين الحقائق»، للزيلعي (٢/ ٩٧)، «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٢٣٠).

(٣) «مغني المحتاج» (٤/ ٢٢٧)، «المجموع» (١٦/ ٢٠٩).
ومذهب الحنابلة: أنه لا ينعقد إلا بلفظي الإنكاح والتزويج، وكذا ما تصرف منهما، وحكى تقي الدين القول عن أحمد: بجواز أي صيغة.
«مطالب أولي النهى» (٥/ ٤٦، ٤٧)، «الكافي في فقه الإمام أحمد» (٣/ ٢٠).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) في (م): «قوله».

(٦) من (م).

وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ الضَّرْبَيْنِ مَسَائِلُ اتَّفَقُوا عَلَيْهَا، وَمَسَائِلُ اخْتَلَفُوا فِيهَا، وَنَحْنُ نَذْكُرُ مِنْهَا قَوَاعِدَهَا وَأُصُولَهَا، فَنَقُولُ: أَمَّا الرِّجَالُ الْبَالِغُونَ الْأَحْرَارُ الْمَالِكُونَ لِأَمْرِ أَنْفُسِهِمْ؛ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى اشْتِرَاطِ رِضَاهُمْ، وَقَبُولِهِمْ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ(١).

١٥٣٥ وَاخْتَلَفُوا: هَلْ يَجْبُرُ الْعَبْدَ عَلَى النِّكَاحِ سَيِّدُهُ، وَالْوَصِيُّ مَحْجُورَهُ الْبَالِغَ، أَمْ لَيْسَ يُجْبِرُهُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): يُجْبِرُ السَّيِّدُ عَبْدَهُ عَلَى النِّكَاحِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): لَا يُجْبِرُهُ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤٤).

(٢) قال الدردير: «(وجبر المالك) المسلم الحر، ولو أنثى ووكلت (أمة وعبدًا) له (بلا إضرار) عليهما فيه. فإن كان فيه إضرار كتزويجهما من ذي عاهة، لم يجز له الجبر ولهما الفسخ، ولو طال الزمن (لا عكسه) فلا يجبر العبد أو الأمة السيد على أن يزوجهما، ولو حصل لهما الضرر بعدمه (ولا) يجبر (مالك بعض) لرقيق ذكر أو أنثى ذلك الرقيق والبعض الآخر إما حر أو ملك غيره». «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير، مع «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٢١)، «مواهب الجليل» (٣/ ٤٢٤).

(٣) قال القدوري: «قال أصحابنا: يجوز للمولى إجبار عبده على النكاح، وروي عن أبي حنيفة». «التجريد» (٩/ ٤٥٠٥).

(٤) قال زكريا الأنصاري: (السيد لا يجبر عبده ولو صغيرًا على النكاح)؛ لأنه يلزم ذمته عهدة المهر وغيره، ولأن العبد يملك رفعه بالطلاق، ويفارق الأمة بأنه لا يملك منفعة بضعه، والأمة يملك منفعة بضعها؛ فيورد العقد على ما يملكه، وبأنه ينتفع بنكاحها: باكتساب المهر، والنفقة بخلافه في العبد، ويفارق العبد الصغير الابن الصغير؛ بأن ولاية الأب التي يزوج بها ابنه الصغير تنقطع ببلوغه بخلاف ولاية السيد لا تنقطع ببلوغ عبده، فإذا لم يزوجه بها بعد بلوغه مع بقائها، فكذا قبله كالثيب العاقلة (ولا يلزمه إجابة العبد إليه)؛ أي: إلى نكاحه (ولو مكاتبًا) أو مبعضًا.. لأنه يشوش عليه مقاصد الملك وفوائده وينقص القيمة.

«الشرح الكبير»، للرافعي (٨/ ٢٢)، «أسنى المطالب» (٣/ ١٤٦).

وهو مذهب الحنابلة: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٣٤) حيث قال: الشرط (الثاني: رضا زوج مكلف)؛ أي: بالغ عاقل (ولو) كان المكلف (رقيقًا) نصًّا، فليس لسيده =

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ:

هَلِ النِّكَاحُ مِنْ حُقُوقِ السَّيِّدِ، أَمْ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِهِ؟

١٥٣٦ وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي جَبْرِ الْوَصِيِّ مَحْجُورَهُ، وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي الْمَذْهَبِ(١).

= إجباره، لأنه يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر، ولأنه خالصُ حقه ونفعه له فلا يجبر عليه كالحر. . وإنما يزوجن عند الطلب ولأن مقتضى الأمر الوجوب، وإنما يجب تزويجه إذا طلبه. وأما الأمة: فالسيد يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، والإجارة عقد على منافع بدنه وسيده يملك استيفاءها بخلاف النكاح. «الشرح الكبير» (٧/ ٣٩٣).

(١) الخلاف موجود في مذهب المالكية، وفي غيرها من مذاهب الأئمة الأربعة أيضًا.

قال الخرشي: «(ص) وجبر أبٌ ووصي وحاكم - مجنونًا احتاج وصغيرًا، وفي السفيه خلاف (ش) يعني: أن كلًّا من الأب ووصيه، وإن سفل والحاكم يجبر المجنون إذا احتاج للنكاح لا للخدمة؛ بأن خيف منه الفساد؛ لأنَّ الحد، وإن سقط عنه، فلا يعان على الزنا، وهذا إذا كان مطبقًا، فإن كان يفيق أحيانًا انتظرت إفاقته، كما مرَّ في المجنونة، وكذا يجبر الصغير لمصلحة: كتزويجه من شريفة أو موسرة أو ابنة عمه وكذا يجبر السفيه. وقيل: لا يجبر للزوم طلاقه والصداق أو نصفه من غير فائدة، واعلم أن محل جبر الوصي في محجوره الذكر حيث يكون له جبر الأنثى، وإنه إنما يجبر الصغير حيث كان فيه مصلحة وكذا السفيه على القول به، وإن كان كل من الأب والوصي محمولًا في ذلك على المصلحة». «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٠٢).

مذهب الحنفية: «الدر المختار» وحاشية ابن عابدين «رد المحتار» (٣/ ٦٥، ٦٦) حيث قال: (قوله: وللولي الآتي بيانه)؛ أي: في قوله الولي في النكاح العصبة بنفسه. . . إلخ، واحترز به عن الولي الذي له حق الاعتراض؛ فإنه يخص العصبة، وعن الوصي غير القريب، (قوله: إنكاح الصغير والصغيرة) قيد بالإنكاح؛ لأن إقراره به عليهما لا يصح إلا بشهود. . . . أو بتصديقهما بعد البلوغ، كما سيذكره المصنف آخر الباب، ولو قال: وللولي إنكاح غير المكلف والرقيق، لشمل المعتوه ونحوه.

مذهب الشافعية: «المجموع شرح المهذب»، للنووي (١٦/ ١٦٦) حيث قال: وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة؛ لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها، ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها؛ لأن تزويجها إجبار، وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الإجبار، فأما الحاكم: فإنها إن كانت صغيرة =

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلِ النِّكَاحُ مَصْلَحَةٌ مِنْ مَصَالِحِ الْمَنْظُورِ لَهُ، أَمْ لَيْسَ بِمَصْلَحَةٍ، وَإِنَّمَا طَرِيقُهُ الْمَلَاذُّ؟

وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النِّكَاحَ وَاجِبٌ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُتَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا النِّسَاءُ اللَّاتِي يُعْتَبَرُ رِضَاهُنَّ فِي النِّكَاحِ:

١٥٣٧ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى اعْتِبَارِ رِضَا الثَّيِّبِ الْبَالِغِ(١)؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**وَالثَّيِّبُ تُعْرِبُ**(٢) **عَنْ نَفْسِهَا**»(٣)، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ(٤).

١٥٣٨ وَاخْتَلَفُوا فِي الْبِكْرِ الْبَالِغِ، وَفِي الثَّيِّبِ غَيْرِ الْبَالِغِ، مَا لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ مِنْهَا الْفَسَادُ؛ فَأَمَّا [أ/٢٧٦ظ] الْبِكْرُ الْبَالِغُ: فَقَالَ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦)، وَابْنُ

= لم يملك تزويجها؛ لأنه لا حاجة بها إلى النكاح، وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك.

مذهب الحنابلة: «نيل المآرب بشرح دليل الطالب» (٢/ ١٤٥) حيث قال: (فيُجْبِرُ الأَبُ، لا الجدُّ، غيرَ المكلَّفِ) من أولادِهِ. (فإن لم يكن أبٌ فوصيُّهُ)؛ أي: وصيُّ الأبِ، لقيامِهِ مقامَهُ. (فإنْ لم يكن) للأب وصيٌّ (فالحاكِمُ) يزوِّج (لحاجةٍ، ولا يصحُّ من غيرِهِمْ أن يزوِّج غيرَ المكلفِ ولو رَضِي)؛ لأنّ رضاهُ غيرُ معتبرٍ.

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٨).

(٢) تُعرب؛ أي: تفصح. انظر: «الصحاح»، للجوهري (١/ ١٧٩).

(٣) بهذا اللفظ: أخرجه ابن ماجه (١٨٧٢)، وأحمد (١٧٧٢٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٦٨)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (٢/ ٢٩١)، والطبراني (١٧، رقم: ٢٦٤)، والبيهقي ٧/ ١٢٣، عَنْ عَدِيِّ بْنِ عَدِيٍّ الْكِنْدِي، عَنْ أَبِيهِ، مرفوعًا به.
وعدي بن عدي الكندي، وإن كان لم يسمع من أبيه، إلا أنَّ للحديث شواهد تقويه. ينظر: «مصباح الزجاجة» (٢/ ١٠١).

(٤) «الأوسط» (٨/ ٢٨١).

(٥) قال الخرشي: (والبكر (ش)؛ يعني: أن الأب له جبر ابنته البكر الصغيرة اتفاقًا، ولا خيار لها إذا بلغت على المشهور): «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٧٦) حيث. «الفواكه الدواني»، للنفراوي (٢/ ٦).

(٦) قال الرملي: «(ويستحب) (استئذانها)؛ أي: البكر البالغة العاقلة، ولو سكْرَانة تطييبًا =

أَبِي لَيْلَى[١]: لِلْأَبِ فَقَطْ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى النِّكَاحِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٢]، وَالثَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٣]، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَجَمَاعَةٌ[٤]: لَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ رِضَاهَا، وَوَافَقَهُمْ مَالِكٌ[٥] فِي الْبِكْرِ الْمُعَنَّسَةِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ عَنْهُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ فِي هَذَا لِلْعُمُومِ، وَذَلِكَ: أَنَّ مَا رُوِيَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ مِنْ قَوْلِهِ: «**لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا**»[٦].

وَقَوْلِهِ: «**تُسْتَأْمَرُ**[٧] **الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا**»، خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ[٨].

= لقلبها، وعليه حملوا خبر مسلم: «**والبكر يستأمرها أبوها**»، جمعًا بينه وبين خبر الدارقطني، أما الصغيرة: فلا إذن لها، وبحث بعضهم ندبه في المميزة لإطلاق الخبر، ولأنَّ بعض الأئمة أوجبه، ويستحب حينئذٍ عدم تزويجها إلا لحاجة، أو مصلحة، ويندب أن يرسل ثقة لا تحتشمها لموليته وأمها أولى لتعلم ما في نفسها». «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٢٩)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٤٦).

(١) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»، لأبي يوسف القاضي (ص١٧٩).
وراوية عن أحمد في «الإنصاف»، للمرداوي (٨/ ٥٥).

(٢) قال القدوري: «ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت أو بكت فذلك إذن منها، وإن أبت لم يزوجها وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول». «مختصر القدوري» (ص١٤٦).

(٣) «الأوسط» (٨/ ٢٧٢).
وهي الراوية الثانية عند الحنابلة: «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٤٠) حيث قال: وأما البكر البالغة العاقلة، فعن أحمد روايتان. . . . . والثانية، ليس له ذلك، اختارها أبو بكر.

(٤) «الأوسط» (٨/ ٢٧٣).

(٥) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٢٢).

(٦) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٩٩، ٢٣٠)، والحاكم (٢/ ١٦٧)، وصححه، والبيهقي (٧/ ١٢١).

(٧) الاستيمار: الاستئذان وهو استفعال من الأمر؛ فهو طلب أمرها، وسؤال أمرها بذلك. انظر: «طلبة الطلبة»، للنسفي (ص٤٠).

(٨) (برقم: ٢٠٩٣)، وأخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ١٣٩)، وأحمد (٤/ ٣٩٤ و٤١١)، =

وَالْمَفْهُومُ مِنْهُ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ: أَنَّ ذَاتَ الْأَبِ بِخِلَافِ الْيَتِيمَةِ.

وَقَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ الْمَشْهُورِ: **«وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ»**(١)، يُوجِبُ بِعُمُومِهِ اسْتِئْمَارَ كُلِّ بِكْرٍ، وَالْعُمُومُ أَقْوَى مِنْ دَلِيلِ الْخِطَابِ، مَعَ أَنَّهُ خَرَّجَ مُسْلِمٌ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ زِيَادَةً، وَهُوَ أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا(٢) أَبُوهَا»**(٣)، وَهُوَ نَصٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ.

١٥٣٩ وَأَمَّا **الثَّيِّبُ غَيْرُ الْبَالِغِ**: فَإِنَّ مَالِكًا(٤) وَأَبَا [ب/ ٢٣٥ظ] حَنِيفَةَ(٥) قَالَا: يُجْبِرُهَا الْأَبُ عَلَى النِّكَاحِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٦): لَا يُجْبِرُهَا.

وَقَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ فِي الْمَذْهَبِ فِيهَا **ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ**:

= والدارمي (٢١٩١)، والدارقطني (٣/ ٢٤١ و٢٤٢)، وصححه الحاكم (٢/ ١٦٦ ـ ١٦٧)، عن أبي موسى رفعه: **«تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أبت لم تكره»**.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «تستأمر».

(٣) رواه مسلم (١٤٢١/ ٦٨).

(٤) قال الخرشي: (ص) والثيب إن صغرت.

(ش) يعني: «أن الأب له أن يجبر ابنته الثيب إذا كانت صغيرة؛ لأنها في حكم البكر يريد إذا ثيبت بنكاح صحيح، فلو أزيلت بكارتها بغير الجماع كما لو أزيلت بعارض من عود دخل فيها أو وثبة وما أشبه ذلك؛ فلا خلاف أن له جبرها. وإليه أشار بقوله (أو بعارض) لبقاء الجهل بالمصالح، كما كانت قبل الثيوبة، فلو أزيلت بكارتها بوطء حرام كما لو زنت أو زني بها أو غصبت، فالمشهور وهو مذهب المدونة: أن له جبرها». «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٧٦)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٦).

(٥) «مجمع الأنهر» (١/ ٣٣٣) حيث قال: (ولا يجبر ولي بالغة) على النكاح، بل يجبر الصغيرة عندنا ولو ثيبًا؛ لأن ولاية الإجبار ثابتة على الصغيرة دون البالغة.

(٦) «النجم الوهاج» (٧/ ٧٢) حيث قال: «فإن كانت صغيرة.. لم تزوج حتى تبلغ»؛ لأنَّ الأبَ إنما يجبر البكر، والثيب يشترط في تزويجها الإذن، ولا يعتبر إلا بعد البلوغ إجماعًا، فامتنع تزويجها قبله.

قَوْلٌ: إِنَّ الْأَبَ يُجْبِرُهَا، مَا لَمْ تَبْلُغْ، بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ[١].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يُجْبِرُهَا وَإِنْ بَلَغَتْ، وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ[٢].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يُجْبِرُهَا، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي تَمَّامٍ[٣].

وَالَّذِي حَكَيْنَاهُ عَنْ مَالِكٍ هُوَ الَّذِي حَكَاهُ أَهْلُ مَسَائِلِ الْخِلَافِ؛ كَابْنِ الْقَصَّارِ وَغَيْرِهِ عَنْهُ[٤].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ أيضًا: مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ لِلْعُمُومِ، وَذَلِكَ: أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، وَلَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا**»، يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ ذَاتَ الْأَبِ لَا تُسْتَأْمَرُ؛ إِلَّا مَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ مِنَ اسْتِئْمَارِ الثَّيِّبِ الْبَالِغِ.

وَعُمُومُ قَوْلِهِ ﷺ: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**»[٥]، يَتَنَاوَلُ الْبَالِغَ وَغَيْرَ الْبَالِغِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: «**لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ**»[٦]، يَدُلُّ بِعُمُومِهِ عَلَى مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ.

وَلِاخْتِلَافِهِمْ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ سَبَبٌ آخَرُ، وَهُوَ اسْتِنْبَاطُ الْقِيَاسِ مِنْ مَوْضِعِ الْإِجْمَاعِ.

١٥٤٠ وَذَلِكَ أَنَّهُمْ لَمَّا **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْأَبَ يُجْبِرُ الْبِكْرَ غَيْرَ الْبَالِغِ، وَأَنَّهُ لَا يُجْبِرُ الثَّيِّبَ الْبَالِغَ[٧]؛ ....

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٤٠٥). (٢) «الاستذكار» (٥/ ٤٠٥).

(٣) «المقدمات الممهدات» (١/ ٤٧٧).

وأبو تمام: هو الإمام الفقيه عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المدني، توفي فجأة بالمدينة في سجدة سجدها في الروضة، بمسجد النبي ﷺ، يوم الجمعة، في آخر سجدة منها، غرة صفر، سنة خمس وثمانين ومئة. «ترتيب المدارك» (٤/ ٩ ـ ١٢).

(٤) «عيون المسائل» (ص٢٩٩). (٥) تقدم تخريجه.

(٦) رواه مسلم (١٤٢١)، عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٧) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر «الإجماع» (ص٥٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٦٨)، وابن العربي في «عارضة الأحوذي» (٥/ ٢٢)، والبغوي =

إِلَّا خِلَافًا شَاذًّا[١] فِيهِمَا جَمِيعًا[٢] كَمَا قُلْنَا.

١٥٤١ اخْتَلَفُوا فِي مُوجِبِ الْإِجْبَارِ هَلْ هُوَ الْبَكَارَةُ أَوِ الصِّغَرُ؟

فَمَنْ [م/١٤٧و] قَالَ: الصِّغَرُ، قَالَ: لَا تُجْبَرُ الْبِكْرُ الْبَالِغُ.

وَمَنْ قَالَ: الْبَكَارَةُ، قَالَ: تُجْبَرُ الْبِكْرَ الْبَالِغُ، وَلَا تُجْبَرُ الثَّيِّبُ الصَّغِيرَةُ.

وَمَنْ قَالَ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُوجِبُ الْإِجْبَارَ إِذَا انْفَرَدَ، قَالَ: تُجْبَرُ الْبِكْرُ الْبَالِغُ وَالثَّيِّبُ الْغَيْرُ الْبَالِغِ.

وَالتَّعْلِيلُ **الْأَوَّلُ** تَعْلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَالثَّانِي تَعْلِيلُ الشَّافِعِيِّ.

وَالثَّالِثُ تَعْلِيلُ مَالِكٍ.

وَالْأُصُولُ أَكْثَرُ شَهَادَةً لِتَعْلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

= في «شرح السُّنَّة» (٥/ ٢٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٣٩)، وابن حجر في «الفتح» (٩/ ١٣٠).

(١) من (م).

(٢) جاء عن الحسن البصري، وإبراهيم النخعي.
قال الحسن: للأب أن يزوج ابنته صغيرة كانت أو كبيرة، ثيبًا كانت أو بكرًا، وإن كرهت.
أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٠٠) (٦/ ١٤٥)، وابن أبي شيبة (٣/ ٤٥٩).
وقال النخعي: يزوج ابنته إن كانت في عياله، فإن كانت بائنة في بيتها استأمرها. «المغني» (٩/ ٤٠٦).
وقال إسماعيل بن إسحاق: لا أعلم أحدًا قال في البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ، خالف فيه أهل العلم، والسُّنَّة الثابتة، لما روته خنساء بنت خذام. كما فِي «المغني» (٩/ ٤٠٦).
وقال العيني فِي «عمدة القاري» (٢٠/ ١٣٠): ولم يلتفت أحد من الأئمة إلى هذين القولين لمخالفتهما السُّنَّة الثابتة في خنساء وغيرها.
ووصف هذا الخلاف بأنه شاذ، فلا يلتفت إليه، انظر: «المغني» (٩/ ٤٠٦)، «فتح الباري» (٩/ ١٣٠).

١٥٤٢ وَاخْتَلَفُوا فِي الثُّيُوبَةِ الَّتِي تَرْفَعُ [أ/٢٧٧و] الْإِجْبَارَ، وَتُوجِبُ النُّطْقَ بِالرِّضَا أَوِ الرَّدَّ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢) إِلَى أَنَّهَا الثُّيُوبَةُ الَّتِي تَكُونُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ شُبْهَةِ نِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ، وَأَنَّهَا لَا تَكُونُ بِزِنًى وَلَا بِغَصْبٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): كُلُّ ثُيُوبَةٍ تَرْفَعُ الْإِجْبَارَ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**»(٤)، بِالثُّيُوبَةِ الشَّرْعِيَّةِ أَمْ بِالثُّيُوبَةِ اللُّغَوِيَّةِ؟

١٥٤٣ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْأَبَ يُجْبِرُ ابْنَهُ الصَّغِيرَ عَلَى النِّكَاحِ، وَكَذَلِكَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ الْبِكْرَ وَلَا يَسْتَأْمِرُهَا(٥)؛ لِمَا ثَبَتَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ بِنْتَ

---

(١) «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير و«حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٢٣)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٧٦).

(٢) «تبيين الحقائق» (٢/ ١١٩)، «البحر الرائق» (٣/ ١٢٤).

(٣) ينظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٢٤٧)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٢٩، ٢٣٠).
ومذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ٤٦)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٥٦).

(٤) رواه البخاري (٥١٣٦)، ومسلم (١٤١٩).

(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٦)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٨)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٤١٥)، ابن نجيم في «البحر الرائق» (٣/ ٩١).
وذهب ابن حزم الظاهري إلى أنه ليس للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فإن فعل فهو مفسوخ أبدًا. «المحلى» (٩/ ٤٤).
وهو قول طاوس، وقتادة، والثوري ـ في القول الآخر عنهما، كما في «مصنف عبد الرزاق» (٦/ ١٦٤ ـ ١٦٥)، «المحلى» (٩/ ٤٥).
• دليل هذا القول: قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤].
• وجه الدلالة: قول الله تعالى هنا مانع من جواز عقد أحد على أحد، إلا أن يوجب ذلك إنفاذ نص قرآن أو سُنَّة، ولا نص ولا سُنَّة في جواز إنكاح الأب ابنه الصغير. «المحلى» (٩/ ٤٤).

سِتٍّ أَوْ سَبْعٍ، وَبَنَى بِهَا بِنْتَ تِسْعٍ بِإِنْكَاحِ أَبِي بَكْرٍ أَبِيهَا رضي الله عنه»(١)، إِلَّا مَا رُوِيَ مِنَ الْخِلَافِ عَنِ ابْنِ شُبْرُمَةَ(٢).

١٥٤٤ وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: هَلْ يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ غَيْرُ الْأَبِ؟

وَالثَّانِيَةُ: هَلْ يُزَوِّجُ الصَّغِيرَ غَيْرُ الْأَبِ؟

١٥٤٥ فَأَمَّا هَلْ يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ غَيْرُ الْأَبِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): يُزَوِّجُهَا الْجَدُّ [ب/٢٣٦و] أَبُو الْأَبِ وَالْأَبُ فَقَطْ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٤): لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا الْأَبُ فَقَطْ، أَوْ مَنْ جَعَلَ الْأَبُ لَهُ ذَلِكَ إِذَا عَيَّنَ الزَّوْجَ إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَيْهَا الضَّيْعَةَ وَالْفَسَادَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥): يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ كُلُّ مَنْ لَهُ عَلَيْهَا وِلَايَةٌ مِنْ أَبٍ وَقَرِيبٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ.

---

(١) رواه البخاري (٣٨٩٤)، ومسلم (١٤٢٢)، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «تزوَّجني النبي ﷺ، وأنا بنت ست سنين، فقدمنا المدينة فنزلنا في بني الحارث بن خزرج، فوعكت فتمرَّق شعري، فوفى جميمة فأتتني أمي أم رومان، وإني لفي أرجوحة، ومعي صواحب لي، فصرخت بي فأتيتها، لا أدري ما تريد بي؛ فأخذت بيدي حتى أوقفتني على باب الدار، وإني لأنهج حتى سكن بعض نفسي، ثم أخذت شيئًا من ماء فمسحت به وجهي ورأسي، ثم أدخلتني الدار، فإذا نسوة من الأنصار في البيت، فقلن على الخير والبركة، وعلى خير طائر، فأسلمتني إليهن، فأصلحن من شأني، فلم يرعني إلا رسول الله ﷺ ضحى، فأسلمتني إليه، وأنا يومئذٍ بنت تسع سنين».
وفي رواية لمسلم (١٤٢٢/ ٧١)، عن عائشة: «أنَّ النبي ﷺ تزوجها، وهي بنت سبع سنين، وزفت إليه؛ وهي بنت تسع سنين، ولعبها معها، ومات عنها وهي بنت ثمانٍ عشرة».

(٢) «الإقناع»، لابن القطان (٢/ ٦).

(٣) قال الشافعي: «ولا يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أحد غير الآباء، وإن زوجها فالتزويج مفسوخ. والأجداد آباء إذا لم يكن أب يقومون مقام الآباء في ذلك». «الأم» (٥/ ٢١).

(٤) «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠)، «حاشية العدوي» (٢/ ٤٣).
وهو مذهب الحنابلة: «الكافي في فقه الإمام أحمد» (٣/ ١٨).

(٥) «المبسوط»، للسرخسي (٤/ ٢١٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْقِيَاسِ، وَذَلِكَ: أَنَّ قَوْلَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**»[١]، يَقْتَضِي الْعُمُومَ فِي كُلِّ بِكْرٍ، إِلَّا ذَاتَ الْأَبِ الَّتِي خَصَّصَهَا الْإِجْمَاعُ، إِلَّا الْخِلَافَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

وَكَوْنُ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ مَعْلُومًا مِنْهُمُ النَّظَرُ وَالْمَصْلَحَةُ لِوَلِيَّتِهِمْ؛ فوجَبَ أَنْ يُلْحَقُوا بِالْأَبِ فِي هَذَا الْمَعْنَى:

فَمِنْهُمْ: مَنْ أَلْحَقَ بِهِ جَمِيعَ الْأَوْلِيَاءِ.

وَمِنْهُمْ: مَنْ أَلْحَقَ بِهِ الْجَدَّ فَقَطْ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْأَبِ[٢]؛ إِذْ كَانَ أَبًا أَعْلَى، وَهُوَ الشَّافِعِيُّ.

وَمَنْ قَصَرَ ذَلِكَ عَلَى الْأَبِ، رَأَى أَنَّ مَا لِلْأَبِ فِي ذَلِكَ غَيْرُ مَوْجُودٍ لِغَيْرِهِ؛ إِمَّا مِنْ قِبَلِ أَنَّ الشَّرْعَ خَصَّهُ بِذَلِكَ، وَإِمَّا مِنْ قِبَلِ أَنَّ مَا يُوجَدُ فِيهِ مِنَ الرَّأْفَةِ وَالرَّحْمَةِ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهُوَ الَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ رضي الله عنه.

١٥٤٦ وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَظْهَرُ ـ وَاللهُ أَعْلَمُ ـ إِلَّا أَنْ تَكُونَ هُنَالِكَ ضَرُورَةٌ.

وَقَدِ احْتَجَّتِ الْحَنَفِيَّةُ لِجَوَازِ إِنْكَاحِ الصِّغَارِ غَيْرُ الْآبَاءِ؛ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ [النساء: ٣]، قَالُوا: وَالْيُتْمُ[٣] لَا يَنْطَلِقُ إِلَّا عَلَى غَيْرِ الْبَالِغَةِ.

(**وَالْفَرِيقُ الثَّانِي** قَالُوا: أَنَّ اسْمَ الْيُتْمِ قَدْ يَنْطَلِقُ عَلَى الْبَالِغَةِ)[٤]؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ (فِي نَفْسِهَا)**[٥]»[٦]، وَالْمُسْتَأْمَرَةُ هِيَ مِنْ [أ/٢٧٧ظ] أَهْلِ الْإِذْنِ وَهِيَ الْبَالِغَةُ[٧].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الذي ألحق جميع الأولياء هو: أبو حنيفة، والذي ألحق الجد هو: الشافعي. واللذان وقفا عند الأب فقط هما: مالك وأحمد. وقد تقدم.

(٣) في (أ): «فإن اليتيم».

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) من (م).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «البالغ».

فَيَكُونُ لِاخْتِلَافِهِمْ سَبَبٌ آخَرُ، وَهُوَ اشْتِرَاكُ اسْمِ الْيَتِيمِ.

وَقَدِ احْتَجَّ أَيْضًا مَنْ لَمْ يُجِزْ إِنْكَاحَ غَيْرِ الْأَبِ لَهَا، بِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا»**.

قَالُوا: وَالصَّغِيرَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِئْمَارِ بِاتِّفَاقٍ، فَوَجَبَ الْمَنْعُ.

وَلِأُولَئِكَ أَنْ يَقُولُوا: إِنَّ هَذَا حُكْمُ الْيَتِيمَةِ الَّتِي هِيَ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِئْمَارِ، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ فَمَسْكُوتٌ عَنْهَا.

١٥٤٧ وَأَمَّا: هَلْ يُزَوِّجُ الْوَلِيُّ غَيْرُ الْأَبِ الصَّغِيرَ؟

فَإِنَّ مَالِكًا[١] أَجَازَهُ لِلْوَصِيِّ[٢]، وَأَبَا حَنِيفَةَ[٣] أَجَازَهُ لِلْأَوْلِيَاءِ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَوْجَبَ الْخِيَارَ لَهُ إِذَا بَلَغَ، وَلَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ مَالِكٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]: لَيْسَ لِغَيْرِ الْأَبِ إِنْكَاحُهُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

قِيَاسُ غَيْرِ الْأَبِ فِي ذَلِكَ عَلَى الْأَبِ؛ فَمَنْ رَأَى أَنَّ الِاجْتِهَادَ الْمَوْجُودَ فِيهِ الَّذِي جَازَ لِلْأَبِ أَنْ يُزَوِّجَ الصَّغِيرَ مِنْ وَلَدِهِ بِهِ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِ الْأَبِ، لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ.

---

(١) قال ابن يونس: «قال مالك: وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه قبل بلوغه، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء، ووصي الوصي في ذلك كالوصي». ينظر: «الجامع لمسائل المدونة» (٩/ ٥٨).
وهو مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ٥٨).

(٢) في (أ): «للولي».

(٣) قال السَّرَخْسِي: «فإذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغير والصغيرة؛ فلهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد». «المبسوط» (٤/ ٢١٥)، وينظر: «بداية المبتدي» (ص٦٠).

(٤) قال الشافعي: «وللآباء تزويج الابن الصغير، ولا خيار له إذا بلغ وليس ذلك لسلطان ولا ولي، وإن زوجه سلطان أو ولي غير الآباء فالنكاح مفسوخ؛ لأنا إنما نجيز عليه أمر الأب؛ لأنه يقوم مقامه في النظر له ما لم يكن له في نفسه أمر ولا يكون له خيار إذا بلغ. فأما غير الأب: فليس ذلك له». «الأم» (٥/ ٢٢).

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ يُوجَدُ فِيهِ أَجَازَ ذَلِكَ.

وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّغِيرِ فِي ذَلِكَ [م/١٤٧ظ] وَالصَّغِيرَةِ: فَلِأَنَّ الرَّجُلَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ إِذَا بَلَغَ وَلَا تَمْلِكُهُ الْمَرْأَةُ، وَلِذَلِكَ جَعَلَ أَبُو حَنِيفَةَ لَهُمَا الْخِيَارَ إِذَا بَلَغَا.

١٥٤٨ **والْمَوْضِعُ الثَّالِثُ**، [ب/٢٣٦ظ] وَهُوَ هَلْ يَجُوزُ عَقْدُ النِّكَاحِ عَلَى الْخِيَارِ؟

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ(١) عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ(٢) يَجُوزُ.

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ:

تَرَدُّدُ النِّكَاحِ بَيْنَ الْبُيُوعِ الَّتِي لَا يَجُوزُ فِيهَا الْخِيَارُ، وَالْبُيُوعِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا

---

(١) وهو قول الأئمة الأربعة؛ إلا أن المالكية جوَّزوا خيار المجلس بالشرط هنا.
مذهب الحنفية، قال ابن الهُمَام: «فإذا تزوج على أنه بالخيار أو هي: صحَّ النكاح، وبطل الخيار عندنا؛ بناءً على أن شرط الخيار كالهزل؛ لأن الهازل قاصد للسبب غير راضٍ بحكمه أبدًا، وشارط الخيار غير راضٍ بحكمه في وقت مخصوص»، «فتح القدير» (٣/ ٢٥٠).
ومذهب المالكية، قال الدسوقي: «(قوله: فيفعل) أشعر إتيانه بالفاء باشتراط الفور بين القبول والإيجاب وصرَّح به في «القوانين» فقال: والنكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار ويلزم فيه الفور من الطرفين؛ فإن تأخر القبول يسيرًا جاز... (قوله: وإن لم يرض الآخر)... وظاهره: أن خيار المجلس غير معمول به عندنا في النكاح وليس كذلك؛ بل هو معمول به، وأجيب بأن محل العمل به إذا اشترط». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٢١)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٣/ ٣٠٢).
ومذهب الشافعية: قال الرملي: «(ولو) (شرط) في صلب العقد (خيارًا في النكاح) (بطل النكاح)؛ لمنافاته لوضع النكاح من الدوام واللزوم». «نهاية المحتاج»، للرملي (٦/ ٣٤٣)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٣٧٦).
ومذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ٤١)، حيث قال: «(ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط)؛ لأنه ليس بيعًا ولا في معناه، والعوض ليس ركنًا فيه، ولا مقصودًا منه»، «الشرح الكبير على متن المقنع» (٧/ ٣٧٨).

(٢) «الأوسط»، لابن المنذر (٨/ ٣٥٨).

الْخِيَارُ[١]، (وَهُوَ[٢] أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ أَنْ لَا خِيَارَ إِلَّا مَا وَقَعَ النَّصُّ عَلَيْهِ، فَعَلَى الْمُثْبِتِ لِلْخِيَارِ الدَّلِيلُ.

أَوْ يَقُولُ: إِنَّ أَصْلَ مَنْعِ الْخِيَارِ فِي الْبُيُوعِ هُوَ الْغَرَرُ[٣]، وَالْأَنْكِحَةُ لَا غَرَرَ فِيهَا[٤]؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الْمُكَارَمَةُ[٥] لَا الْمُكَايَسَةُ[٦]، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْخِيَارِ وَالرُّؤْيَةِ فِي النِّكَاحِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الْبُيُوعِ.

١٥٤٩ **الْمَوْضِعُ الرَّابِعُ)**[٧]: وَأَمَّا تَرَاخِي الْقَبُولِ فِي الْعَقْدِ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، فَأَجَازَ مَالِكٌ[٨] مِنْ ذَلِكَ التَّرَاخِيَ الْيَسِيرَ.

وَمَنَعَهُ قَوْمٌ.

وَأَجَازَهُ قَوْمٌ.

---

(١) من العقود التي لا خيار فيها العقود الجائزة:
إما من الجانبين، كالشركة، والوكالة، والقراض، والوديعة، والعارية.
وإما من أحدهما، كالضمان، والكتابة، فلا خيار فيها، ومن العقود التي فيها خيار كالصرف، والسلم، والبيع، فيثبت فيها جميعًا خيار المجلس. انظر: «روضة الطالبين»، للنووي (٣/ ٤٣٥).

(٢) من هنا يبدأ خرم في (أ)، (ب).

(٣) الغِرَّة ـ بالكسر ـ الغفلة، والغُرة ـ بالضم ـ من الشهر وغيره: أوله والجمع غرر. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٤٤).

(٤) الغَرر: الخطر. انظر: «الصحاح»، للجوهري (٢/ ٧٦٨).

(٥) المكارمة: «أن تهدي لإنسان شيئًا ليكافئك عليه، وهي مفاعلة من الكرم». انظر: «لسان العرب»، لابن منظور (١٢/ ٥١١).

(٦) كايسه مكايسة: «غالبه في الكَيْس، فكاسه: غلبه». انظر: «تاج العروس»، للزبيدي (١٦/ ٤٦٤).

(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ)، (ب).

(٨) قال عليش: «فالفصل بين الإيجاب والقبول بخطبة الزوج مغتفر، وكذا بسكوت أو كلام قدره». «منح الجليل» (٣/ ٢٥٧).
ومذهب الحنابلة، قال البهوتي: «(وإن تراخى) قبول (عنه)؛ أي: عن الإيجاب (صحَّ ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفًا) ولو طال الفصل؛ لأنَّ حكم المجلس حكم حالة العقد». «كشاف القناع» (٥/ ٤١).

[١٥٤٩/...] وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يُنْكِحَ الْوَلِيُّ امْرَأَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَيَبْلُغَهَا النِّكَاحُ فَتُجِيزَهُ.

وَمِمَّنْ مَنَعَهُ مُطْلَقًا: الشَّافِعِيُّ(١).

وَمِمَّنْ أَجَازَهُ مُطْلَقًا: أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(٢).

وَالتَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْأَمَدِ الطَّوِيلِ وَالْقَصِيرِ لِمَالِكٍ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ مِنْ شَرْطِ الِانْعِقَادِ وُجُودُ الْقَبُولِ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ مَعًا، أَمْ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ؟ وَمِثْلُ هَذَا الْخِلَافِ عَرَضَ فِي الْبَيْعِ.

الرُّكْنُ الثَّانِي: فِي شُرُوطِ الْعَقْدِ:

وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي الْأَوْلِيَاءِ.

الثَّانِي: فِي الشُّهُودِ.

الثَّالِثُ: فِي الصَّدَاقِ(٣).

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: وَالنَّظَرُ فِي الْأَوْلِيَاءِ

فِي مَوَاضِعَ أَرْبَعَةٍ:

الْأَوَّلُ: فِي اشْتِرَاطِ الْوِلَايَةِ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ.

---

(١) «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٠٧)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٢٤).

(٢) قال ابن عابدين: «(قوله: اتحاد المجلس) قال في «البحر»: فلو اختلف المجلس لم ينعقد، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب؛ لأنَّ شرط الارتباط اتحاد الزمان؛ فجعل المجلس جامعًا تيسيرًا؛ وأما الفور: فليس من شرطه؛ ولو عقدًا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز، وإن كان على سفينة سائرة جاز. اهـ. أي؛ لأن السفينة في حكم مكانٍ واحد». «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٤).

(٣) الصداق: «بفتح الصاد. العوض المسمى في عقد النكاح، وما قام مقامه، وله ثمانية أسماء: الصداق، والمهر، والنِّحْلة، والفريضة، والأجر، والعقر، والحباء، والعلائق». انظر: «المطلع»، للبعلي (٣٩٦).

الْمَوْضِعُ الثَّانِي: فِي صِفَةِ الْوَلِيِّ.

الثَّالِثُ: فِي أَصْنَافِ[1] الْأَوْلِيَاءِ، وَتَرْتِيبِهِمْ فِي الْوِلَايَةِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ.

الرَّابِعُ: فِي عَضْلِ[2] الْأَوْلِيَاءِ مَنْ يَلُونَهُمْ، وَحُكْمِ الِاخْتِلَافِ الْوَاقِعِ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالْمَوْلَى عَلَيْهِ.

١٥٥٠ الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ: اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ هَلِ الْوِلَايَةُ شَرْطٌ مِنْ [أ/٢٧٨و] شُرُوطِ صِحَّةِ النِّكَاحِ أَمْ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ[3] إِلَى أَنَّهُ لَا يَكُونُ نِكَاحٌ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَأَنَّهَا شَرْطٌ فِي الصِّحَّةِ فِي رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْهُ[4]، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[5].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[6]، وَزُفَرُ[7]، وَالشَّعْبِيُّ[8]، وَالزُّهْرِيُّ[9]: إِذَا عَقَدَتِ الْمَرْأَةُ نِكَاحَهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ، وَكَانَ كُفُؤًا جَازَ.

وَفَرَّقَ دَاوُدُ[10] بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، فَقَالَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي الْبِكْرِ وَعَدَمِ اشْتِرَاطِهِ فِي الثَّيِّبِ.

---

(١) في (م): «اختلاف».

(٢) العضل: أي: المنع. انظر: «المطلع»، للبعلي (١/ ٣٨٩).

(٣) «منح الجليل»، لعليش (٣/ ٢٦٦)، حيث قال: «(وركنه)؛ أي: النكاح... (ولي) للمرأة بشروطه الآتية فلا ينعقد نكاح بدونه». «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير (٢/ ٢٢٠).

(٤) «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٨٢)، «منح الجليل» (٣/ ٢٨٠).

(٥) قال الهيتمي: «(لا تزوج امرأة نفسها) ولو (بإذن) من وليها (ولا غيرها) ولو (بوكالة) من الولي». «تحفة المحتاج»، للهيتمي (٧/ ٢٣٦)، «الغرر البهية» (٤/ ١٠٩).

(٦) «تبيين الحقائق» (٢/ ١١٧)، «البحر الرائق» (٣/ ١١٧).

ومذهب الحنابلة: قال البهوتي: «الشرط (الثالث: الولي؛ فلا يصح نكاح إلا بولي)». «كشاف القناع» (٥/ ٤٨).

(٧) «الاستذكار» (٥/ ٣٩٣).

(٨) «الاستذكار» (٥/ ٣٩٣).

(٩) «الاستذكار» (٥/ ٣٩٣).

(١٠) قال ابن حزم: «قال أبو سليمان: أما البكر فلا يزوجها إلا وليها، وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجها، وليس للولي في ذلك اعتراضٌ». «المحلى»، لابن حزم (٩/ ٣٣).

١٥٥١ **وَيَتَخَرَّجُ** عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ[١] فِي الْوِلَايَةِ قَوْلٌ رَابِعٌ، وهو أَنَّ اشْتِرَاطَهَا سُنَّةٌ لَا فَرْضٌ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ كَانَ يَرَى الْمِيرَاثَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ غَيْرِ الشَّرِيفَةِ[٢] أَنْ تَسْتَخْلِفَ رَجُلًا مِنَ النَّاسِ عَلَى إِنْكَاحِهَا[٣]، (وَكَانَ يَسْتَحِبُّ أَنْ تُقَدِّمَ الثَّيِّبُ وَلِيَّهَا لِيَعْقِدَ عَلَيْهَا[٤])[٥].

فَكَأَنَّهُ عِنْدَهُ مِنْ شُرُوطِ التَّمَامِ، لَا مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ، بِخِلَافِ عِبَارَةِ الْبَغْدَادِيِّينَ[٦] مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ؛ أَعْنِي: أَنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِنَّهَا مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ، لَا مِنْ شُرُوطِ التَّمَامِ.

وَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ:

أَنَّهُ لَمْ تَأْتِ آيَةٌ وَلَا سُنَّةٌ هِيَ ظَاهِرَةٌ فِي اشْتِرَاطِ الْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ، فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ نَصٌّ، بَلِ الْآيَاتُ وَالسُّنَنُ [ب/٢٣٧و] الَّتِي جَرَتِ الْعَادَةُ بِالِاحْتِجَاجِ بِهَا، عِنْدَ مَنْ يَشْتَرِطُهَا هِيَ كُلُّهَا مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَلِكَ الْآيَاتُ وَالسُّنَنُ الَّتِي يَحْتَجُّ بِهَا مَنْ يَشْتَرِطُ إِسْقَاطَهَا هِيَ أَيْضًا مُحْتَمَلَةٌ فِي ذَلِكَ، وَالْأَحَادِيثُ مَعَ كَوْنِهَا مُحْتَمَلَةً (فِي أَلْفَاظِ مُخْتَلَفٌ)[٧] فِي صِحَّتِهَا، إِلَّا حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ[٨]، وَإِنْ كَانَ الْمُسْقِطُ لَهَا لَيْسَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ.

وَنَحْنُ نُورِدُ مَشْهُورَ مَا احْتَجَّ بِهِ الْفَرِيقَانِ، وَنُبَيِّنُ وَجْهَ الِاحْتِمَالِ فِي ذَلِكَ؛ فَمِنْ أَظْهَرِ مَا يَحْتَجُّ بِهِ مِنَ الْكِتَابِ مَنِ اشْتَرَطَ الْوِلَايَةَ، قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، قَالُوا[٩]: وَهَذَا خِطَابٌ

(١) «المدونة» (٢/ ١٢٠)، «الاستذكار» (٥/ ٣٩٥).
(٢) قال النفراوي: «والدنيئة: غير الشريفة، وهي التي لا يرغب فيها؛ لعدم مالها وجمالها وحسبها». «الفواكه الدواني» (٢/ ٨)، «منح الجليل» (٣/ ٢٨٠).
(٣) «منح الجليل» (٣/ ٢٨٠)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٨٢).
(٤) «المدونة» (٢/ ١٠٦، ١٠٧).
(٥) ما بين القوسين من (م).
(٦) «المعونة على مذهب عالم المدينة» (٧٢٧).
(٧) ما بين القوسين ليس في (م).
(٨) تقدم تخريجه.
(٩) «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٥٨).

لِلْأَوْلِيَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ فِي الْوِلَايَةِ لَمَا نُهُوا عَنِ الْعَضْلِ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٢١]، قَالُوا: وَهَذَا أَيْضًا خِطَابٌ لِلْأَوْلِيَاءِ[(١)].

وَمِنْ أَشْهَرِ مَا احْتَجَّ بِهِ هَؤُلَاءِ مِنَ الْأَحَادِيثِ: مَا رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: [م/١٤٨و] قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ** (ثَلَاثَ مَرَّاتٍ)، **وَإِنْ دَخَلَ بِهَا: فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا؛ فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»، خَرَّجَهُ التِّرْمِذِيُّ، وَقَالَ فِيهِ: حَدِيثٌ حَسَنٌ[(٢)].

وَأَمَّا مَنِ احْتَجَّ بِهِ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الْوِلَايَةَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ[(٣)]: فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

قَالُوا: وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ تَصَرُّفِهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى نَفْسِهَا.

وَقَدْ أَضَافَ إِلَيْهِنَّ فِي غَيْرِ مَا آيَةٍ مِنَ الْكِتَابِ الْفِعْلَ، فَقَالَ: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وَقَالَ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وَأَمَّا مِنَ السُّنَّةِ [أ/٢٧٨ظ]: فَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ الْمُتَّفَقِ عَلَى صِحَّتِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عليه السلام: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، (وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**»[(٤)(٥)].

---

(١) «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ٧٢). (٢) (برقم: ١١٠١)، وحسَّنه.

(٣) الذين لا يشترطون الرواية: هم الحنفية والحنابلة معًا والتابعين وغيرهم؛ مثل: زفر، والشعبي، والزهري.

(٤) رواه مسلم (١٤٢١).

(٥) قال النووي: «قوله ﷺ: «**أحق بنفسها**»، يحتمل من حيث اللفظ: أنَّ المراد أحق من وليها في كل شيء من عقد وغيره، كما قاله أبو حنيفة وداود. ويحتمل أنها أحق بالرضا؛ أي: لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف البكر؛ ولكن لما صح قوله ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي**»... تعيَّن الاحتمال الثاني.

واعلم أنَّ لفظة أحق هنا للمشاركة معناه أنَّ لها في نفسها في النكاح حقًّا، ولوليها حقًّا، =

وَبِهَذَا الْحَدِيثِ احْتَجَّ دَاوُدُ(١) فِي الْفَرْقِ عِنْدَهُ بَيْنَ الثَّيِّبِ)(٢) وَالْبِكْرِ فِي هَذَا الْمَعْنَى.

فَهَذَا مَشْهُورُ مَا احْتَجَّ بِهِ الْفَرِيقَانِ مِنَ السَّمَاعِ.

١٥٥٢ فَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، فَلَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ نَهْيِ قَرَابَةِ الْمَرْأَةِ وَعَصَبَتِهَا مِنْ أَنْ يَمْنَعُوهَا النِّكَاحَ، وَلَيْسَ نَهْيُهُمْ عَنِ الْعَضْلِ مِمَّا يُفْهَمُ مِنْهُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِمْ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا(٣)؛ أَعْنِي: بِوَجْهٍ مِنْ وُجُوهِ أَدِلَّةِ الْخِطَابِ الظَّاهِرَةِ أَوِ النَّصِّ، بَلْ قَدْ يُمْكِنُ أَنْ يُفْهَمَ مِنْهُ ضِدُّ هَذَا، وَهُوَ أَنَّ الْأَوْلِيَاءَ لَيْسَ لَهُمْ سَبِيلٌ عَلَى مَنْ يَلُونَهُمْ.

[١٥٥٢/....] وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١]، هُوَ أَنْ يَكُونَ خِطَابًا لِأُولِي الْأَمْرِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَحْرَى مِنْهُ أَنْ يَكُونَ

= وحقها أوكد من حقه؛ فإنه لو أراد تزويجها كفؤًا وامتنعت لم تجبر ولو أرادت أن تتزوج كفؤًا، فامتنع الولي أجبر فإن أصر زوجها القاضي؛ فدل على تأكيد حقها ورُجحانه». «شرح النووي على مسلم» (٩/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤).

(١) قال ابن حزم: «أما قول أبي سليمان: فإنما عوَّل على الخبر الثابت عن رسول الله ﷺ من قوله: «**البكر يستأذنها أبوها، والثيب أحق بنفسها من وليها**». قال أبو محمد: وهذا لو لم يأت غيره لكان ـ كما قال أبو سليمان، لكن قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»، عموم لكل امرأة ثيب أو بكر». «المحلى» (٩/ ٣٥).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) ينظر: «البحر الرائق»، لابن نُجيم (٣/ ١١٧)، حيث قال: «وأما قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، فالمراد بالعضل المنع حسًّا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، كما في «المبسوط» إن كان نهيًا للأولياء، لا المنع عن العقد؛ بدليل ﴿أَن يَنكِحْنَ﴾؛ حيث أضاف العقد إليهن، وإن كان نهيًا للأزواج المطلقين عن المنع عن التزوج بعد العدة، كما في المعراج؛ بدليل أنه قال في أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾، فلم يكن حجة أصلًا». «تبيين الحقائق»، للزيلعي (٢/ ١١٧).

خِطَابًا لِلْأَوْلِيَاءِ، وَبِالْجُمْلَةِ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ خِطَابًا لِلْأَوْلِيَاءِ أَوْ لِأُولِي الْأَمْرِ.

فَمَنِ احْتَجَّ بِهَذِهِ الْآيَةِ فَعَلَيْهِ الْبَيَانُ أَنَّهُ أَظْهَرُ فِي خِطَابِ الْأَوْلِيَاءِ مِنْهُ فِي أُولِي الْأَمْرِ(١).

فَإِنْ قُلْنَا(٢): هَذَا عَامٌّ، وَالْعُمُومُ(٣) يَشْمَلُ ذَوِي الْأَمْرِ وَالْأَوْلِيَاءَ، قِيلَ: هَذَا الْخِطَابُ إِنَّمَا هُوَ خِطَابٌ بِالْمَنْعِ، وَالْمَنْعُ [ب/٢٣٧ظ] بِالشَّرْعِ، (فَيَسْتَوِي فِيهِ الْأَوْلِيَاءُ وَغَيْرُهُمْ، وَكَوْنُ الْوَلِيِّ مَأْمُورًا بِالْمَنْعِ بِالشَّرْعِ)(٤)، لَا يُوجِبُ لَهُ وِلَايَةً خَاصَّةً فِي الْإِذْنِ، أَصْلُهُ الْأَجْنَبِيُّ.

وَلَوْ قُلْنَا: إِنَّهُ خِطَابٌ لِلْأَوْلِيَاءِ يُوجِبُ اشْتِرَاطَ إِذْنِهِمْ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، لَكَانَ مُجْمَلًا لَا يَصِحُّ بِهِ عَمَلٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ أَصْنَافِ الْأَوْلِيَاءِ وَلَا صِفَاتِهِمْ وَلا مَرَاتِبِهِمْ، وَالْبَيَانُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُهُ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ(٥).

وَلَوْ كَانَ فِي هَذَا كُلِّهِ شَرْعٌ مَعْرُوفٌ، لَنُقِلَ تَوَاتُرًا أَوْ قَرِيبًا مِنَ التَّوَاتُرِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى(٦).

وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ كَانَ فِي الْمَدِينَةِ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ كَانَ يَعْقِدُ أَنْكِحَتَهُمْ، وَلَا نَصَبَ لِذَلِكَ مَنْ يَعْقِدُهَا.

---

(١) زاد بعدها في (م): «ولو قلنا: إنه خطابٌ للأولياء؛ لكان».

(٢) في (م): «قيل».

(٣) في (م): «والعام».

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) قال في «إرشاد الفحول» (٢/ ٢٦)، حيث قال: «أن يتأخر عن وقت الحاجة، وهو الوقت الذي إذا تأخر البيان عنه لم يتمكن المكلف من المعرفة لما تضمنه الخطاب، وذلك في الواجبات الفورية لم يجز؛ لأنَّ الإتيان بالشيء مع عدم العلم به ممتنع عند جميع القائلين بالمنع من تكليف ما لا يطاق، وأما من جوَّز التكليف بما لا يطاق، فهو يقول بجوازه فقط، لا بوقوعه، فكان عدم الوقوع متفقًا عليه بين الطائفتين».

(٦) وهذه قاعدة الحنفية في خبر الواحد، قال ابن نُجَيم: «وخبر الواحد إذا ورد فيما تعم به البلوى، لا يقبل إذ لو كان صحيحًا لاشتهر نقله فيما عمَّ به البلوى». «البحر الرائق» (٣/ ٤٤).

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْآيَةِ لَيْسَ هُوَ حُكْمَ الْوِلَايَةِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ مِنْهَا تَحْرِيمُ نِكَاحِ الْمُشْرِكَاتِ والْمُشْرِكِينَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا حَدِيثُ عَائِشَةَ(١) رَضِيَ اللهُ عَنْهَا فَهُوَ حَدِيثٌ مُخْتَلَفٌ فِي وُجُوبِ الْعَمَلِ بِهِ، وَالْأَظْهَرُ: أَنَّ مَا لَمْ يُصَرَّحْ فِيهِ بِالصِّحَةِ أَنَّهُ لا يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ.

وَأَيْضًا، فَإِنْ سَلَّمْنَا صِحَّةَ الْحَدِيثِ، فَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا(٢) اشْتِرَاطُ إِذْنِ(٣) الْوَلِيِّ لِمَنْ لَهَا وَلِيٌّ؛ أَعْنِي: الْمَوْلَى عَلَيْهَا.

وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ عَامٌّ فِي كُلِّ امْرَأَةٍ، فَلَيْسَ فِيهِ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَعْقِدُ عَلَى نَفْسِهَا؛ أَعْنِي: أَنْ لَا تَكُونَ هِيَ الَّتِي تَلِي الْعَقْدَ، بَلِ الْأَظْهَرُ مِنْهُ: أَنَّهُ إِذَا أَذِنَ الْوَلِيُّ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ عَلَى نَفْسِهَا دُونَ أَنْ يُشْتَرَطَ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ إِشْهَادُ الْوَلِيِّ مَعَهَا.

وَأَمَّا مَا احْتَجَّ بِهِ **الْفَرِيقُ الْآخَرُ**، مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤] - [أ/٢٧٩و]، فَإِنَّ الْمَفْهُومَ مِنْهُ النَّهْيُ عَنِ التَّثْرِيبِ(٤) عَلَيْهِنَّ فِيمَا اسْتَبْدَدْنَ(٥) بِفِعْلِهِ دُونَ أَوْلِيَائِهِنَّ، وَلَيْسَ هَا هُنَا شَيْءٌ يُمْكِنُ أَنْ تَسْتَبِدَّ بِهِ الْمَرْأَةُ دُونَ الْوَلِيِّ إِلَّا عَقْدَ النِّكَاحِ(٦)، فَظَاهِرُ هَذِهِ الْآيَةِ

---

(١) يقصد حديث: «**لا نكاح إلا بولي**». وقد تقدم تخريجه.

(٢) ليست في (أ). (٣) من (م).

(٤) التثريب: «كالتأنيب والتعيير والاستقصاء في اللوم». انظر: «لسان العرب»، لابن منظور (١/ ٢٣٥).

(٥) استبد بالأمر يستبد به «استبدادًا: إذا انفرد به دون غيره. واستبد برأيه: انفرد به». انظر: «لسان العرب»، لابن منظور (٣/ ٨١).

(٦) ينظر: «الاختيار لتعليل المختار»، لابن مودود الموصلي (٣/ ٩١)، حيث قال: «وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾، وفي آية أخرى ﴿مِن مَّعْرُوفٍۗ﴾ [البقرة: ٢٤٠]: أضاف النكاح والفعل إليهن. وذلك: يدل على صحة عبارتهن ونفاذها؛ لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال؛ إذ لم يذكر معها غيرها. وهي إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف، فلا جناح على الأولياء في ذلك».

ـ وَاللهُ أَعْلَمُ ـ أَنَّ لَهَا أَنْ تَعْقِدَ النِّكَاحَ، وَلِلْأَوْلِيَاءِ الْفَسْخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَعْرُوفِ، وَهذا هُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الشَّرْعِ، (إِلَّا أَنَّ هَذَا مَا قَالَ بِهِ أَحَدٌ، وَأَنْ يُحْتَجَّ بِبَعْضِ ظَاهِرِ الْآيَةِ، وَلَا يُحْتَجَّ بِبَعْضِهَا فِيهِ عُسْرٌ؛ أَعْنِي: ضَعْفٌ)[(١)].

وَأَمَّا إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَيْهِنَّ: فَلَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِصَاصِهِنَّ بِالْعَقْدِ، لَكِنَّ الْأَصْلَ هُوَ الِاخْتِصَاصُ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: فَهُوَ لَعَمْرِي ظَاهِرٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الثَّيِّبِ وَالْبِكْرِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدة مِنْهُمَا تُسْتَأْذَنُ، وَيَتَوَلَّى الْعَقْدَ عَلَيْها الْوَلِيُّ ـ فَبِمَاذَا ـ لَيْتَ شِعْرِي ـ تَكُونُ الْأَيِّمُ أَحَقَّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا؟[(٢)].

وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ التَّفْرِقَةُ بَيْنَهُمَا فِي السُّكُوتِ وَالنُّطْقِ فَقَطْ، وَيَكُونَ السُّكُوتُ كَافِيًا[(٣)] فِي الْعَقْدِ[(٤)].

وَالِاحْتِجَاجُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وَهُوَ أَظْهَرُ فِي[(٥)] أَنَّ الْمَرْأَةَ تَلِي الْعَقْدَ مِنَ الِاحْتِجَاجِ؛ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١]، عَلَى أَنَّ الْوَلِيَّ هُوَ الَّذِي يَلِي الْعَقْدَ.

وَقَدْ ضَعَّفَتِ [ب/٢٣٨و] الْحَنَفِيَّةُ[(٦)] حَدِيثَ عَائِشَةَ، وَذَلِكَ: أَنَّهُ حَدِيثٌ رَوَاهُ

---

(١) ما بين القوسين من (م).

(٢) زاد في (م): «وَحَدِيث الزُّهْرِيِّ، هُوَ أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا هَذَا الْحَدِيثَ، أَحْرَى مِنْ أَنْ يَكُونَ مُعَارِضًا لَهُ».

(٣) في (أ)، (ب): «كان قبل».

(٤) قال النووي: «وأما قوله ﷺ في البكر: **ولا تنكح البكر حتى تستأمر**... والصحيح الذي عليه الجمهور: أنَّ السكوت كافٍ في جميع الأولياء؛ لعموم الحديث لوجود الحياء، وأما الثيب فلا بدَّ فيها من النطق بلا خلافٍ؛ سواء كان الولي أبًا أو غيره؛ لأنه زال كمال حيائها بممارسة الرجال». «شرح النووي على مسلم» (٩/ ٢٠٤).

(٥) من (م).

(٦) ضعفه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧).

جَمَاعَةٌ عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ. وَحَكَى ابْنُ عُلَيَّةَ، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ: أَنَّهُ سَأَلَ الزُّهْرِيَّ عَنْهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ(١).

قَالُوا: وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الزُّهْرِيَّ لَمْ يَكُنْ يَشْتَرِطِ الْوِلَايَةَ، وَلَا الْوِلَايَةُ مِنْ مَذْهَبِ عَائِشَةَ(٢).

وَقَدِ احْتَجُّوا أَيْضًا، بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّهُ قَالَ: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»، وَلَكِنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِي رَفْعِهِ(٣).

١٥٥٣ وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفُوا** أَيْضًا فِي صِحَّةِ الْحَدِيثِ الْوَارِدِ، فِي نِكَاحِ النَّبِيِّ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ وَأَمْرِهِ لِابْنِهَا أَنْ يُنْكِحَهَا إِيَّاهُ(٤).

---

(١) قال الترمذي (٣/ ٣٩٩): «وقد تكلم فيه بعض أهل الحديث؛ من جهة ابن جريج، قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه، فأنكره، فضعفوا الحديث من أجل هذا، وذكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هذا عن الزهري إلا إسماعيل ابن علية عن ابن جريج، وضعف يحيى رواية إسماعيل عن ابن جريج». وينظر: «التمهيد» (١٩/ ٦٨)، «نصب الراية» (٣/ ١٨٤).

(٢) روى البيهقي في «السُّنن الكبرى» (٧/ ١١٢) عن عائشة: أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمٰن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمٰن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمٰن قال: مثلي يصنع هذا به، ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة ﵂ المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمٰن، فقال عبد الرحمٰن: ما كنت لأردَّ أمرًا قضيته، فقرت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقًا.
وحمله البيهقي على تمهيد الزواج لا العقد، فقال عقب روايته لهذا الحديث: «إنما أريد به أنها مهدت تزويجها، ثم تولى عقد النكاح غيرها، فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها أسبابه، والله أعلم».

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/ ٣٥)، والبيهقي في «السُّنن الكبرى» (٧/ ١٢٤)، وقال: تفرد به القواريري مرفوعًا، والقواريري ثقة، إلا أن المشهور في هذا الإسناد وقفه على ابن عباس.
وينظر: «التلخيص الحبير»، لابن حجر (٣/ ٣٥٢).

(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٢٩٥، ٣١٣، ٣١٧)، والنسائي (٣٢٥٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١١ ـ ١٢)، والحاكم (٢/ ١٩٥)، وابن حِبان (٢٩٤٩).
قال ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٦٦): «في هذا الحديث نظر؛ لأنَّ عمر كان له =

وَأَمَّا احْتِجَاجُ الْفَرِيقَيْنِ مِنْ جِهَةِ الْمَعَانِي: فَمُحْتَمَلٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الرُّشْدَ إِذَا وُجِدَ فِي الْمَرْأَةِ اكْتُفِيَ بِهِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، كَمَا يُكْتَفَى بِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْمَرْأَةَ مَائِلَةٌ بِالطَّبْعِ إِلَى الرِّجَالِ أَكْثَرَ مِنْ مَيْلِهَا إِلَى تَبْذِيرِ الْأَمْوَالِ، فَاحْتَاطَ الشَّرْعُ بِأَنْ جَعَلَهَا مَحْجُورَةً فِي هَذَا الْمَعْنَى عَلَى التَّأْبِيدِ، مَعَ أَنَّ مَا يَلْحَقُهَا مِنَ الْعَارِ فِي إِلْقَاءِ نَفْسِهَا فِي غَيْرِ مَوْضِعِ كَفَاءَةٍ يَتَطَرَّقُ إِلَى أَوْلِيَائِهَا، ولَكِنْ يَكْفِي فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ لِلْأَوْلِيَاءِ الْفَسْخُ أَوِ الْحِسْبَةُ(١).

١٥٥٤ وَالْمَسْأَلَةُ مُحْتَمَلَةٌ كَمَا تَرَى، لَكِنَّ الَّذِي يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ: أَنَّهُ لَوْ قَصَدَ الشَّارِعُ اشْتِرَاطَ [أ/٢٧٩ظ] الْوِلَايَةِ لَبَيَّنَ جِنْسَ الْأَوْلِيَاءِ وَأَصْنَافَهُمْ وَمَرَاتِبَهُمْ، **فَإِنَّ تَأَخُّرَ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ (لَا يَجُوزُ.**

= من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين، فكيف يقال له: زوِّج؟
وهذا لأن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع، ومات رسول الله ﷺ ولعمر تسع سنين؛ فعلى هذا يحتمل قولها لعمر: قم فزوج أن يكون على وجه المداعبة للصغير ولو صح أن يكون الصغير قد زوجها فإن رسول الله ﷺ لا يفتقر نكاحه إلى ولي، قال أبو الوفا بن عقيل: ظاهر كلام أحمد: أنه يجوز أن يتزوج رسول الله ﷺ بغير ولي لأنه مقطوع بكفاءته». اهـ.
لكن أجاب المخالفون: بأن القول بأنه ﷺ مات ولعمر تسع سنين بعيد، وإن كان قد قاله الكلاباذي، وغيره؛ فإن ابن عبد البر قال: إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة، ويقوي هذا ما أخرجه مسلم (١١٠٨)، عن عُمَر بن أبي سلمة، أنه سأل رسول الله ﷺ أيقبِّل الصائم؟ فقال ﷺ: **«سل هذه»**، فأخبرته أم سلمة أنه ﷺ يصنع ذلك، فقال عمر: يا رسول الله؛ قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال: **«أما والله إني لأتقاكم لله وأخشاكم له»**، وظاهر هذا أن عمر كان كبيرًا، وقد قيل: إن عمر المقول له: زوج رسول الله ﷺ هو عمر بن الخطاب، وكان ابن عمها. أو المعنى: أنها رضيت، والمزوج لها هو سلمة بن أبي سلمة.
ينظر: «المغني» (٧/ ١٥)، «تنقيح التحقيق»، للذهبي (٢/ ١٧٧)، ولابن عبد الهادي (٤/ ٣١٨).

(١) الحسبة: بكسر الحاء الأجر، وحاسبته من المحاسبة واحتسبت عليه كذا، إذا أنكرته عليه. انظر: «الصحاح»، للجوهري (١/ ١١٠).

فَإِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ ﷺ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ)[١]، وَكَانَ عُمُومُ الْبَلْوَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، يَقْتَضِي أَنْ يُنْقَلَ اشْتِرَاطُ الْوِلَايَةِ عَنْهُ ﷺ تَوَاتُرًا أَوْ قَرِيبًا مِنَ التَّوَاتُرِ[٢]، فَقَدْ يَجِبُ أَنْ يُعْتَقَدَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ:

إِمَّا أَنَّهُ لَيْسَتِ الْوِلَايَةُ شَرْطًا فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا لِلْأَوْلِيَاءِ الْحِسْبَةُ فِي ذَلِكَ. وَإِمَّا إِنْ كَانَ شَرْطًا: فَلَيْسَ مِنْ صِحَّتِهَا تَمْيِيزُ صِفَاتِ الْوَلِيِّ وَأَصْنَافِهِمْ وَمَرَاتِبِهِمْ، وَلِذَلِكَ يَضْعُفُ قَوْلُ مَنْ يُبْطِلُ عَقْدَ الْوَلِيِّ الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ.

١٥٥٥ **الْمَوْضِعُ الثَّانِي**: وَأَمَّا النَّظَرُ فِي الصِّفَاتِ الْمُوجِبَةِ لِلْوِلَايَةِ وَالسَّالِبَةِ لَهَا، فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْوِلَايَةِ: الْإِسْلَامَ[٣][٤]،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) زاد في المطبوع: «ثُمَّ لَمْ يُنْقَلْ».

(٣) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٦): «وأجمعوا أن الكافر لا يكون وليًّا لابنته المسلمة». ونقله عنه ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٣٧٧).

وقال الحطاب في «مواهب الجليل» (٥/ ٧٢): «وأما العبد والكافر في بناتهما: فلا يعقدان النكاح عليهن، ولا يستخلفان على ذلك أحدًا، ولا اختلاف في هذا».

(٤) مذهب الحنفية: قال القدوري: «ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة». «مختصر القدوري» (ص١٠٦).

ومذهب المالكية. قال الحطاب: «شروط الولاية ثمانية: ستة متفق عليها واثنان مختلف فيهما، فالستة: أن يكون حرًّا بالغًا عاقلًا ذكرًا حلالًا مسلمًا، والاثنان: أن يكون رشيدًا عدلًا». «مواهب الجليل» (٣/ ٤٢٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٧١).

ومذهب الشافعية: قال الشربيني: «(ويفتقر الولي والشاهدان) المعتبرون لصحة النكاح (إلى ستة شرائط) بل إلى أكثر (الإسلام) وهو في ولي المسلمة إجماعًا، وسيأتي أن الكافر يلي الكافرة. وأما الشاهدان فالإسلام شرط فيهما؛ سواء أكانت المنكوحة مسلمة أم ذمية؛ إذ الكافر ليس أهلًا للشهادة (و) **الثاني**: (البلوغ. و) **الثالث**: (العقل) فلا ولاية لصبي ومجنون؛ لأنهما ليسا من أهل الشهادة (و) **الرابع**: (الحرية) فلا ولاية لرقيق، ولا يكون شاهدًا (و) **الخامس**: (الذكورة)... (و) **السادس**: (العدالة)». «الإقناع» (٢/ ٤٠٨).

ومذهب الحنابلة: قال البهوتي: «(وشروطه)؛ أي: شروط الولي: (التكليف)؛ لأنَّ غير المكلف يحتاج لمن ينظر له فلا ينظر لغيره. (والذكورية)؛ لأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فغيرها أولى. (والحرية) لأنَّ العبد لا ولاية له على نفسه؛ =

وَالْبُلُوغَ[(١)](٢)، وَالْحُرِّيَّةَ، وَالذُّكُورِيةَ[(٣)].

= فغيره أولى. (والرشد في العقد) بأن يعرف الكفء ومصالح النكاح لا حفظ المال، فرشد كل مقام بحسبه. (واتفاق الدين) فلا ولاية لكافر على مسلمة، ولا لنصراني على مجوسية لعدم التوارث بينهما، . . . (والعدالة) ولو ظاهرة، لأنها ولاية نظرية، فلا يستبد بها الفاسق إلا في سلطان وسيد يزوج أمته». «الروض المربع» (ص٥١٤).

(١) قال العيني فِي «البناية شرح الهداية» (٤/ ٦٠٩): «ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى ألا تثبت على غيرهم. . . وهذا بإجماع».

وقال الحطاب فِي «مواهب الجليل» (٥/ ٧١): «شروط الولاية ثمانية: ستة متفق عليها، واثنان مختلف فيهما. فالستة: أن يكون حرًّا، بالغًا، عاقلًا، . . . مسلمًا». .

(٢) وللإمام أحمد رواية أخرى يقول: إذا بلغ الغلام عشر سنين؛ فله أن يتزوج، وله أن يعقد النكاح:

قال المرداوي: «الرواية الثانية: لا يشترط بلوغه. فعليها: يصح تزويج ابن عشر. قال الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا بلغ عشرًا: زوج وتزوج». «الإنصاف» (٨/ ٧٣).

واستدلوا بحديث عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «**مروا أولادكم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرِّقوا بينهم في المضاجع**».

أخرجه أبو داود (٤٩٥) (١/ ١٣٣)، والترمذي (٤٠٧) (١/ ٤١٦).

واستدلوا أيضًا، بأن الصبي يصح بيعه، ووصيته، وطلاقه، فتثبت له الولاية كالبالغ تمامًا. «المغني» (٩/ ٣٦٨).

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٣٦٧)، والحطاب في «مواهب الجليل» (٥/ ٧١).

وذهب الشعبي، والزهري، والحنفية، والحنابلة، في رواية عن الإمام أحمد؛ أن للمرأة أن تلي عقد النكاح، وأنَّ عبارة النساء معتبرة في النكاح، حتى لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز، وكذلك لو زوجت غيرها بالولاية، أو الوكالة، بل قال ابن الهُمَام من الحنفية: «والنساء اللواتي من قبل الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات؛ بإجماع بين أصحابنا».

انظر: «الإشراف» (١/ ٢٣)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٩٠)، «البحر الرائق» (٣/ ١٣٣)، «الإنصاف» (٨/ ٦٦)، «المحرر» (٣٦).

وقال الحنفية: إن الأفضل أن يتولى نكاحها الولي؛ لما فيه من نسبتهن إلى الوقاحة، فإن النساء لا يتولين عقد النكاح على عرف الناس وعادتهم، فدل على أن الولي على =

وَأَنَّ سَوَالِبَهَا أَضْدَادُ هَذِهِ؛ أَعْنِي: الْكُفْرَ، وَالصِّغَرَ، وَالْعُبُودِيَّةَ، والْأُنُوثَةَ.

١٥٥٦ وَاخْتَلَفُوا فِي ثَلَاثَةٍ: فِي الْعَبْد، وَالْفَاسِقِ، وَالسَّفِيهِ.

فَأَمَّا الْعَبْدُ: فَالْأَكْثَرُ عَلَى مَنْعِ وِلَايَتِهِ(١)(٢).

وَجَوَّزَهَا أَبُو حَنِيفَةَ(٣).

١٥٥٧ **وَأَمَّا الرُّشْدُ**: فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ؛ أَعْنِي: عِنْدَ أَكْثَرِ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٤) ـ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا ـ أَعْنِي الْوِلَايَةَ.

= سبيل الندب والاستحباب، وليس على سبيل الحتم والإلزام.
انظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٣٧٤)، «الهداية» (١/ ٢١٣).

(١) قال العيني فِي «البناية شرح الهداية» (٤/ ٦٠٩): «ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى ألا تثبت على غيرهم... وهذا بإجماع».
وقال ابن الهُمَام فِي «فتح القدير» (٣/ ٢٨٤): «والإجماع على نفي ولايته في النكاح؛ لعجزه».
وقال الحطاب فِي «مواهب الجليل» (٥/ ٧٢): «وأما العبد والكافر في بناتهما، فلا يعقدان النكاح عليهن، ولا يستخلفان على ذلك أحدًا، ولا اختلاف في هذا».

(٢) انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٧٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٧١)، «الإقناع» (٢/ ٤٠٨)، «الروض المربع» (ص٥١٤).

(٣) المعروف من المذهب: عدم تجويز ولاية العبد.
فقد قال الكاسانِي في «بدائع الصنائع» (٣/ ٣٤٦): «لا ولاية للمملوك على أحد، لأنه لا يرث أحدًا؛ ولأن المملوك ليس من أهل الولاية؛ ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه؛ ولأنَّ الولاية تنبئ عن المالكية، والشخص الواحد لا يكون مالكًا ومملوكًا في زمانٍ واحد؛ لأن هذه ولاية نظر ومصلحة، ومصالح النكاح لا يتوقف عليها إلا بالتأمل والتدبر، والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتأمل والتدبر، فلا يعرف كون إنكاحه مصلحة».
وقال ابن نُجَيم فِي «البحر الرائق» (٣/ ١٣٢): «أطلق العبد، فلا ولاية له على ولده».
وقال ابن عابدين: «واحترز بالحرية عن العبد، فلا ولاية له على ولده». «حاشية ابن عابدين» (٤/ ١٩٢).

(٤) قال ابن رشد الجد: «وليست العدالة ولا الرشد في المال بشرطٍ في صحتها». «البيان والتحصيل» (٥/ ١٠٨).

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهَا، وروِيَ عَنْ مَالِكٍ[١] مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، وَبِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ: قَالَ أَشْهَبُ، وَأَبُو الْمُصْعَبِ[٢].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: تَشْبِيهُ هَذِهِ الْوِلَايَةِ بِوِلَايَةِ الْمَالِ؛ فَمَنْ [ب/٢٣٨ظ] رَأَى أَنَّهُ قَدْ يُوجِبُ الرُّشْدَ فِي هَذِهِ [م/١٤٩و] الْوِلَايَةِ مَعَ عَدَمِهِ فِي الْمَالِ، قَالَ: لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ رَشِيدًا فِي الْمَالِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ ذَلِكَ مُمْتَنِعُ الْوُجُودِ، قَالَ: لَا بُدَّ مِنَ الرُّشْدِ (فِي الْمَالِ.

وَهُمَا قِسْمَانِ كَمَا تَرَى؛ أَعْنِي: أَنَّ الرُّشْدَ فِي الْمَالِ، غَيْرُ الرُّشْدِ)[٣] فِي اخْتِيَارِ الْكَفَاءَةِ لَهَا.

١٥٥٨ وَأَمَّا الْعَدَالَةُ[٤]:

---

(١) قال ابن رشد الجد: «وإن كان الاختيار أن يكون عدلًا رشيدًا»، «البيان والتحصيل» (١٠٨/٥).

(٢) انظر: «التاج والإكليل»، للمواق (٧٢/٥) حيث قال: «إن لم يول على السفيه، وهو ذو رأي: جاز إنكاحه اتفاقًا. الباجي عن أشهب وابن وهب: أخته كابنته. ابن العطار: لا يزوجها بل وصيه أو السلطان فإن عقد فسخ، وروى ابن أشرس، عن مالك في المرأة: لا يكون لها ولي إلا مولى عليه: ليس له أن يستخلف من يزوجها؛ لأنه لا نكاح لسفيه. وقال أبو مصعب: النكاح فاسد».

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) فمذهب الحنفية إلى عدم اشتراط العدالة. واختلف فيها المالكية، والمختار اشتراطها كما عند الشافعية والمعتمد للحنابلة.

مذهب الحنفية: ينظر: «الهداية»، للمرغيناني (١٩٠/١) حيث قال: «لا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا؛ خلافًا للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ له أنَّ الشهادة من باب الكرامة، والفاسق من أهل الإهانة. ولنا: أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة».

ومذهب المالكية. ينظر: «البيان والتحصيل»، لابن رشد الجد (١٠٨/٥) حيث قال: «وإن كان الاختيار أن يكون عدلًا رشيدًا».

ومذهب الشافعية: ينظر: «الحاوي الكبير»، للماوردي (٣٣١/٨) حيث قال: =

فَإِنَّمَا **اخْتَلَفُوا** فِيهَا، مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا نَظَرٌ لِلْغَيْرِ؛ أَعْنِي: هَذِهِ الْوِلَايَةَ. فَلَا يُؤْمَنُ مَعَ عَدَمِ الْعَدَالَةِ أَنْ لَا يَخْتَارَ لَهَا الْكَفَاءَةَ.

١٥٥٩ وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْحَالَةَ الَّتِي بِهَا يَخْتَارُ الْأَوْلِيَاءُ لِوَلِيَّتِهِمُ الْكُفْءَ غَيْرُ حَالَةِ الْعَدَالَةِ(١)، وَهِيَ خَوْفُ لُحُوقِ الْعَارِ بِهِمْ، وَهَذِهِ مَوْجُودَةٌ بِالطَّبْعِ، والْعَدَالَةُ مُكْتَسَبَةٌ، وَلِنَقْصِ الْعَبْدِ يَدْخُلُ الْخِلَافُ فِي وِلَايَتِهِ، كَمَا يَدْخُلُ فِي شَهَادَتِهِ(٢).

١٥٦٠ **الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ**: وَأَمَّا أَصْنَافُ الْوِلَايَةِ عِنْدَ الْقَائِلِينَ(٣) بِهَا فَهِيَ: نَسَبٌ، وَسُلْطَانٌ، وَمَوْلَى أَعْلَى وَأَسْفَلَ.

وَمُجَرَّدُ الْإِسْلَامِ عِنْدَ مَالِكٍ(٤) صِفَةٌ تَقْتَضِي الْوِلَايَةَ عَلَى الدَّنِيئَةِ(٥).

١٥٦١ **وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَصِيِّ**:

فَقَالَ مَالِكٌ(٦): يَكُونُ الْوَصِيُّ [أ/ ٢٨٠و] وَلِيًّا.

= «لأنه لما منعه الفسق من الولاية على أولاده، كان أولى أن يمنعه من الولاية على أولاد غيره».
ومذهب الحنابلة: ينظر: «الكافي»، لابن قدامة (٣/ ٩) حيث قال: «ويشترط للولي ثمانية شروط... **السادس**: العدالة، فلا يلي الفاسق نكاح قريبته وإن كان أبًا».

(١) في (م): «الكفاءة». (٢) في (م): «عدالته».

(٣) يعني عند الجمهور؛ خلافًا للحنفية الذين لم يشترطوا الولاية في النكاح.

(٤) انظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ١٨٢) حيث قال: «فلو عقد النكاح بالولاية العامة في امرأة دنيئة مع وجود الولي الخاص وهو غير مجبر؛ فالمشهور وهو ابن القاسم: أن النكاح صحيح وإليه أشار بقوله: (وصحَّ بها)؛ أي: بالولاية العامة؛ أي: بسببها (في دنيئة)؛ أي: في عقد نكاح امرأة دنيئة (مع خاص)؛ أي: مع وجود ولي خاص ذي نسب أو ولاء أو ولاية».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الرتبة».

(٦) انظر: «الكافي في فقه أهل المدينة»، لابن عبد البر (٢/ ٥٢٦) حيث قال: «والوصي عند مالك أولى من الولي بالإنكاح، ويستحب له أن يشاور الولي. ولو زوَّجها الولي بإذن الوصي كان حسنًا؛ وقد روي عن مالك: أنّ الوصي في الثيب ولي من الأولياء، وأنه وغيره منهم في ذلك سواء».

وَمَنَعَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ(١).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ صِفَةُ الْوِلَايَةِ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُسْتَنَابَ فِيهَا، أَمْ لَيْسَ يُمْكِنُ ذَلِكَ؟

وَلِهَذَا السَّبَبِ بِعَيْنِهِ:

١٥٦٢ اخْتَلَفُوا فِي الْوَكَالَةِ (فِي النِّكَاحِ، لَكِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى جَوَازِهَا(٢)، إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ(٣)، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْوَكَالَةِ)(٤) وَالْإِيصَاءِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ(٥) وَكِيلٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، إِلَّا أَنَّ الْوَكَالَةَ تَنْقَطِعُ بِالْمَوْتِ.

١٥٦٣ وَاخْتَلَفُوا فِي تَرْتِيبِ الْوِلَايَةِ مِنَ النَّسَبِ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ(٦) أَنَّ الْوِلَايَةَ مُعْتَبَرَةٌ بِالتَّعْصِيبِ إِلَّا الِابْنَ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير»، للماوردي (٩/ ٤٦) حيث قال: «لا ولاية لوصي، لأنه ليس بولي ولا نائب عمن هو في الحال ولي».
ورواية عن أحمد، قال ابن قدامة: «واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها». «المغني» (٧/ ٢٠).

(٢) مذهب الحنفية: قال ابن الهُمَام: «وإذا وكل رجل رجلًا أن يزوِّجه امرأة بعينها فزوَّجها إياه، فهو جائز». «فتح القدير» (٨/ ٨٣).
ومذهب المالكية: قال ابن عبد البر: «والوكالة في النكاح جائزة إذا ذكر امرأة بعينها، وسمي صداقًا». «الكافي» (٢/ ٥٢٠).
ومذهب الشافعية: قال الماوردي: «فإذا تقرر جواز الوكالة في النكاح جاز أن يوكل الولي والزوج». «الحاوي الكبير» (٩/ ١١٣).
ومذهب الحنابلة: قال المرداوي: «الصحيح من المذهب: جواز الوكالة في النكاح». «الإنصاف» (٨/ ٨٢).

(٣) لم أقف عليه، وقال ابن عبد البر في «التمهيد» (٣/ ١٥٢): «... في رواية مالك لهذا الحديث دليل على جواز الوكالة في النكاح، وهو أمرٌ لا أعلم فيه خلافًا».

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) في (م): «الولي».

(٦) قال القاضي عبد الوهاب: «والولاية ولايتان: خاصة وعامة، فالخاصة في أربعة أوجه: نسب أو خلافة نسب أو ولاء أو سلطان. فأمَّا ولاية النسب فمستحقة بالتعصيب لا مدخل فيها لذوي الأرحام الذين لا تعصيب لهم: كالأخ للأم والخال =

أَقْرَبَ عَصَبَةً كَانَ أَحَقَّ بِالْوِلَايَةِ، وَالْأَبْنَاءُ عِنْدَهُ أَوْلَى وَإِنْ سَفَلُوا. ثُمَّ الْآبَاءُ، (ثُمَّ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ لِلْأَبِ، ثُمَّ بَنُو الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ[١]، ثُمَّ لِلْأَبِ فَقَطْ[٢]، ثُمَّ [الْأَجْدَادُ لِلْأَبِ][٣] وَإِنْ عَلَوْا)[٤]، ثُمَّ الْعُمُومَةُ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِخْوَةِ وَإِنْ سَفَلُوا، ثُمَّ الْمَوْلَى، ثُمَّ السُّلْطَانُ. وَالْمَوْلَى الْأَعْلَى عِنْدَهُ أَحَقُّ مِنَ الْأَسْفَلِ، وَالْوَصِيُّ عِنْدَهُ[٥] أَوْلَى (مِنْ وَلِيِّ)[٦] النَّسَبِ؛ أَعْنِي: وَصِيَّ الْأَبِ[٧].

= وغيرهما». «التلقين» (ص٢٧٩).

(١) قال القاضي عبد الوهَّاب: «وترتيب العَصَبات فيه بحسب قوة تعصيبهم؛ فأولاهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا ثم الأب، ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم بنو الإخوة للأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا ثم العمومة على ترتيب الإخوة، ثم بنوهم على ترتيب بني الإخوة وإن سفلوا ثم الموالي ثم السلطان». «التلقين» (ص٢٧٩).

(٢) ليست في (م). (٣) في (ب): «بنو الإخوة».

(٤) ما بين القوسين في (أ): «ثم الجدود للأب، وإن علوا، ثم الإخوة للأب والأم، ثم الإخوة للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط» اهـ، وزاد بعدها في المطبوع: «وَقَالَ الْمُغِيرَةُ: الْجَدُّ وَأَبُوهُ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ، وَابْنِهِ لَيْسَ مِنْ أَصْلٍ».

(٥) يقصد عند مالك. قال القاضي عبد الوهاب: «فأما خلافة النسب: فوصي الأب خاصة في البكر هو أولى من سائر الأولياء بإذنها، وهو في الثيب واحد منهم». «التلقين» (ص٢٧٩).

(٦) ليست في (أ).

(٧) لكن أكثر العلماء يرون: أنه بعد الأب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى الوصيِّ؛ وهو مذهب الحنفية والشافعية.

قال السرخسي: «والوصي ليس بولي عندنا في التزويج». «المبسوط» (٤/ ٢٢٢).

مذهب الشافعية: قال الجُوَيني: «لا يملك الوصي التزويج؛ لأنه لا يلحقه عار الدناءة؛ فلم يفوض إليه العقد الذي هو بسبب رعاية الكفاءة». «نهاية المطلب» (١٢/ ٤٢).

أما الحنابلة: فالوصي عندهم كالوكيل؛ فوصي كل ولي يقوم مقامه.

قال ابن قدامة: «على هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرًا كالأب، أو غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار؛ فكذلك لوصيه. وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك؛ لأنه قائم مقامه، فهو كالوكيل». «المغني» (٧/ ٢٠).

١٥٦٤ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِيمَنْ هُوَ أَوْلَى: وَصِيُّ الْأَبِ، أَوْ وَلِيُّ النَّسَبِ؟ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(١): الْوَصِيُّ أَوْلَى، مِثْلَ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ(٢): الْوَلِيُّ أَوْلَى.

وَخَالَفَ الشَّافِعِيُّ مَالِكًا فِي وِلَايَةِ الْبُنُوَّةِ، فَلَمْ يُجِزْهَا أَصْلًا، وَفِي تَقْدِيمِ الْإِخْوَةِ عَلَى الْجَدِّ، فَقَالَ: لَا وِلَايَةَ لِلِابْنِ(٣).

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ: أَنَّ الْأَبَ أَوْلَى مِنَ الِابْنِ وَهُوَ أَحْسَنُ(٤).

وَقَالَ أَيْضًا: الْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ، وَبِهِ قَالَ الْمُغِيرَةُ(٥).

فالشَّافِعِيُّ اعْتَبَرَ التَّعْصِيبَ؛ أَعْنِي: أَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْ عَصَبَتِهَا؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ: «لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا، أَوِ السُّلْطَانِ»(٦).

وَلَمْ يَعْتَبِرْهُ(٧) مَالِكٌ فِي الِابْنِ؛ لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ [ب/٢٣٩و] أَمَرَ ابْنَهَا أَنْ يُنْكِحَهَا إِيَّاهُ»(٨).

[١٥٦٤/...] وَلِأَنَّهُمُ اتَّفَقُوا؛ أَعْنِي: مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ(٩) عَلَى أَنَّ الِابْنَ يَرِثُ الْوَلَاءَ الْوَاجِبَ لِلْأُمِّ، وَالْوَلَاءُ عِنْدَهُمْ لِلْعَصَبَةِ.

---

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤١٦). (٢) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤١٦).

(٣) تقدم.

(٤) قال ابن شاس: «وروي: الأب ثم الابن، ثم بعدهما الأخ». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٨٦).

(٥) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٢٠). (٦) تقدم تخريجه.

(٧) في (م): «يشترط». (٨) تقدم تخريجه.

(٩) وعليه جمهور العلماء:

مذهب الحنفية: قال السُّغْدي: «الولاء كله للابن دون الأب؛ لأنه أقرب العصبة». «النتف في الفتاوى» (١/ ٤٣٣).

مذهب المالكية: قال الموَّاق: «إن لم يكن مولاه الذي أعتقه حيًّا ورثه ولد مولاه ثم ولد ولده وإن سفلوا الأقرب فالأقرب؛ فإن لم يكونوا فأبوه». «التاج والإكليل» (٨/ ٥١٠، ٥١١).

=

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْجَدِّ: هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنْ هُوَ أَقْرَبُ، هَلِ الْجَدُّ أَوِ الْأَخُ؟

وَيَتَعَلَّقُ بِالتَّرْتِيبِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ مَشْهُورَةٌ:

أَحَدُهَا: إِذَا زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مَعَ حُضُورِ الْأَقْرَبِ.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا غَابَ الْأَقْرَبُ هَلْ تَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَى الْأَبْعَدِ أَوْ إِلَى السُّلْطَانِ؟

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا غَابَ الْأَبُ عَنِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ، هَلْ تَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ (لِلْأَبْعَدِ أَوْ إِلَى السُّلْطَانِ)[1]، أَوْ لَا تَنْتَقِلُ؟

١٥٦٥ **فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**: فَاخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُ مَالِكٍ[2]، فَمَرَّةً قَالَ: إِنْ زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مَعَ حُضُورِ الْأَقْرَبِ فَالنِّكَاحُ مَفْسُوخٌ[3]، وَمَرَّةً قَالَ: النِّكَاحُ [أ/ ٢٨٠ظ]

= ومذهب الشافعية: قال الماوردي: «فإن كان المولى ميتًا، فالولاء بعده لأقرب عصباته يوم يموت العبد المعتق». «الحاوي الكبير» (١٨/ ٩٢).
ومذهب الحنابلة: قال الحجاوي: «وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤه وارثه لابنها». «الإقناع» (٣/ ١٢٨).

(١) ما بين القوسين من (م).

(٢) قال ابن شاس: «إذا أنكح الأبعد مع وجود الأقعد نفذ. وقال سحنون: قال بعض الرواة: ينظر السلطان في ذلك. وقال الآخرون: للأقرب أن يجيز أو يرد إلا أن يتطاول الأمر، وتلد الأولاد. وقال ابن حبيب: للأقرب أن يفسخه أو يمضيه، ما لم يبن بها ويطلع على عورتها». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٢٠).

(٣) الإمام مالك له روايتان: رواية يوافق جمهور العلماء؛ وهي أنه إذا زوَّج الأبعد مع وجود الأقرب، فالنكاح غير صحيح ويُفسخ.
مذهب الحنفية: قال ابن نُجَيم: «وأما إذا كان أحدهما أقرب من الآخر، فلا ولاية للأبعد مع الأقرب، إلا إذا غاب غيبة منقطعة فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد الأقرب». «البحر الرائق» (٣/ ١٢٨)، «حاشية ابن عابدين» «رد المحتار» (٣/ ٨١).
ومذهب الشافعية: قال العمراني: «إذا كان للمرأة وليَّان، أحدهما أقرب من الآخر.. فإنَّ الولاية للأقرب، فإن زوَّجها من بعد لم يصح». «البيان» (٩/ ١٧٤)، «المجموع» (١٦/ ١٦٢).
ومذهب الحنابلة: قال ابن قدامة: «فلا تثبت الولاية للأبعد، مع حضور الأقرب الذي اجتمعت الشروط فيه». «الكافي» (٣/ ٩).

جَائِزٌ[(١)]، وَمَرَّةً قَالَ: لِلْأَقْرَبِ أَنْ يُجِيزَ أَوْ يَفْسَخَ.

وَهَذَا الْخِلَافُ كُلُّهُ عِنْدَهُ فِيمَا عَدَا الْأَبَ فِي ابْنَتِهِ الْبِكْرِ، وَالْوَصِيِّ فِي مَحْجُورَتِهِ. فَإِنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُ أَنَّ النِّكَاحَ فِي هَذَيْنِ مَفْسُوخٌ[(٢)]؛ أَعْنِي: تَزْوِيجَ غَيْرِ الْأَبِ الْبِنْتَ الْبِكْرَ مَعَ حُضُورِ الْأَبِ أَوْ غَيْرِ الْوَصِيِّ الْمَحْجُورَةَ مَعَ حُضُورِ الْوَصِيِّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٣)]: لَا يَعْقِدُ أَحَدٌ مَعَ حُضُورِ الْأَبِ؛ لَا فِي بِكْرٍ وَلَا فِي ثَيِّبٍ.

وَسَبَبُ هَذَا الِاخْتِلَافِ: هُوَ هَلِ التَّرْتِيبُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، (أَعْنِي[(٤)]: ثَابِتًا بِالشَّرْعِ فِي الْوِلَايَةِ، أَمْ لَيْسَ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ؟

وَإِنْ كَانَ حُكْمًا شَرْعِيًّا[(٥)] فَهَلْ ذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْوَلِيِّ الْأَقْرَبِ، أَمْ ذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ اللهِ؟

فَمَنْ لَمْ يَرَ التَّرْتِيبَ حُكْمًا شَرْعِيًّا)[(٦)] قَالَ: يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَبْعَدِ مَعَ حُضُورِ[(٧)] الْأَقْرَبِ. وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ [م/١٤٩ظ] حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، وَرَأَى أَنَّهُ حَقٌّ لِلْوَلِيِّ قَالَ: النِّكَاحُ مُنْعَقِدٌ؛ فَإِنْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ جَازَ[(٨)]، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ انْفَسَخَ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ حَقٌّ للهِ قَالَ: النِّكَاحُ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ.

وَقَدْ أَنْكَرَ قَوْمٌ هَذَا الْمَعْنَى فِي الْمَذْهَبِ[(٩)]؛ أَعَنِي: أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ مُنْفَسِخًا غَيْرَ مُنْعَقِدٍ.

---

(١) وهي الرواية الثانية: لو زوَّج الأبعد مع وجود الأقرب؛ فالنكاح صحيح وهذه ينفرد بها.

(٢) قال الموَّاق: «قال مالك: وكذلك إن كانت بكرًا بالغًا لا أب لها ولا وصي ولها من الأولياء من ذكرنا فزوَّجها الأبعد برضاها، وأنكر الأقعد؛ فالنكاح جائز». «التاج والإكليل» (٣/ ٤٣٢).

(٣) تقدم مذهب الشافعي في عدم تجويز تزويج الأبعد مع وجود الأقرب أبٍ أو غيره.

(٤) من هنا يبدأ خرم في (أ). (٥) من (ب).

(٦) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

(٧) ليست في (أ). (٨) ليست في (ب).

(٩) في (أ)، (ب): «المذاهب».

١٥٦٦ وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: فَإِنَّ مَالِكًا يَقُولُ[١]: إِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ انْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى الْأَبْعَدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]: تَنْتَقِلُ إِلَى السُّلْطَانِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلِ الْغَيْبَةُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ أَمْ لَا؟

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَا خِلَافَ عِنْدَهُمْ فِي انْتِقَالِهَا فِي الْمَوْتِ.

١٥٦٧ **وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ**، وَهِيَ غَيْبَةُ الْأَبِ عَنِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ، فَإِنَّ فِي الْمَذْهَبِ فِيهَا تَفْصِيلًا وَاخْتِلَافًا، وَذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى بُعْدِ الْمَكَانِ وَطُولِ الْغَيْبَةِ أَوْ قُرْبِها[٣]، وَالْجَهْلِ بِمَكَانِهِ أَوِ الْعِلْمِ بِهِ، وَحَاجَةِ الْبِنْتِ إِلَى النِّكَاحِ؛ إِمَّا لِعَدَمِ النَّفَقَةِ، وَإِمَّا لِمَا يُخَافُ عَلَيْهَا مِنْ عَدَمِ الصَّوْنِ، وَإِمَّا لِلْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا.

[١٥٦٧/...] فَاتَّفَقَ الْمَذْهَبُ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْغَيْبَةُ بَعِيدَةً، أَوْ كَانَ الْأَبُ مَجْهُولَ الْموَضْعِ أَوْ أَسِيرًا، وَكَانَتْ فِي صَوْنٍ وَتَحْتَ نَفَقَةٍ [ب/٢٣٩ظ]: أَنَّهَا إِنْ لَمْ تَدْعُ إِلَى التَّزْوِيجِ لَا تُزَوَّجَ، وَإِنْ دَعَتْ فَتُزَوَّجُ عِنْدَ الْأَسْرِ وَعِنْدَ الْجَهْلِ بِمَكَانِهِ.

١٥٦٨ وَاخْتَلَفُوا: هَلْ تُزَوَّجُ مَعَ الْعِلْمِ بِمَكَانِهِ إِذَا كَانَ بَعِيدًا.

فَقِيلَ: تُزَوَّجُ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

---

(١) قال ابن الحاجب: «وإذا غاب الأقربُ غيبة بعيدة زوَّج الحاكم. وقيل: أو الأبعد». «جامع الأمهات» (ص٢٥٧)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٦٠).

(٢) قال النووي: «ولو غاب الأقرب إلى مرحلتين: زوَّج السلطان، ودونهما لا يزوج إلا بإذنه في الأصحِّ». «منهاج الطالبين» (ص٩٦)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٦١).
ومذهب الحنفية ينظر: «الهداية»، للمرغيناني (١/ ٢٠٠) حيث قال: «فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج». «حاشية ابن عابدين» «رد المحتار» (٣/ ٨١).

(٣) في (ب): «قربه».

وَقِيلَ: لَا تُزَوَّجُ، وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ، وَابْنِ وَهْبٍ[١].

وَأَمَّا إِنْ عَدِمَتِ النَّفَقَةَ، أَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ صَوْنٍ، فَإِنَّهَا تُزَوَّجُ أَيْضًا فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ [أ/٢٨١و] الثَّلَاثَةِ؛ أَعْنِي: فِي الْغَيْبَةِ الْبَعِيدَةِ، وَفِي الْأَسْرِ، وَالْجَهْلِ بِمَكَانِهِ. وَكَذَلِكَ إِنِ اجْتَمَعَ الْأَمْرَانِ، فَإِذَا كَانَتْ فِي غَيْرِ صَوْنٍ تُزَوَّجُ، وَإِنْ لَمْ تَدْعُ إِلَى ذَلِكَ.

١٥٦٩ وَلَمْ يَخْتَلِفُوا[٢] - فِيمَا أَحْسَبُ - أَنَّهَا لَا تُزَوَّجُ فِي الْغَيْبَةِ الْقَرِيبَةِ الْمَعْلُومَةِ؛ لِمَكَانِ إِمْكَانِ مُخَاطَبَتِهِ، وَلَيْسَ يَبْعُدُ بِحَسَبِ النَّظَرِ الْمَصْلَحِيِّ[٣] الَّذِي انْبَنَى عَلَيْهِ هَذَا النَّظَرُ، أَنْ يُقَالَ: إِنْ ضَاقَ الْوَقْتُ، وَخَشِيَ السُّلْطَانُ[٤] عَلَيْهَا الْفَسَادَ، زُوِّجَتْ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ قَرِيبًا.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ تَجُوزُ وِلَايَةُ الْأَبْعَدِ مَعَ حُضُورِ الْأَقْرَبِ؛ فَإِنْ جَعَلَتِ امْرَأَةٌ أَمْرَهَا إِلَى وَلِيَّيْنِ، فَزَوَّجَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا - فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ قَدْ تَقَدَّمَ أَحَدُهُمَا فِي الْعَقْدِ عَلَى الْآخَرِ، أَوْ يَكُونَا عَقَدَا مَعًا. ثُمَّ لَا يَخْلُو ذَلِكَ مِنْ أَنْ يُعْلَمَ الْمُتَقَدِّمُ، أَوْ لَا يُعْلَمُ.

[١٥٦٩/...] فَأَمَّا إِذَا عُلِمَ الْمُتَقَدِّمُ مِنْهُمَا: **فَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهَا لِلْأَوَّلِ[٥] إِذَا

---

(١) «مواهب الجليل» (٣/ ٤٣٨).

(٢) قال القرافي: «إذا كانت غيبة الأب عشرة أيام ونحوها، فلا خلاف في المنع؛ فإن زوجت فسخ». «الذخيرة» (٤/ ٢٤٦).

(٣) جعل القاضي عياض أحد الاعتبارات المرجحة لمذهب مالك، هو النظر المصلحي، القائم على مقاصد الشريعة وقواعده.

قال القاضي عياض في «ترتيب المدارك» (١/ ٩٢) «الاعتبار الثالث: يحتاج إلى تأملٍ شديد، وقلب سليم من التعصب شهيد، وهو الالتفاف إلى قواعد الشريعة ومجامعها، وفهم الحكمة المقصودة بها من شارعها».

(٤) ليست في (م).

(٥) قال ابن المنذر: «أكثر أهل العلم يقولون: إذا زوج المرأة الوليان بأمرها، فالنكاح للأول». «الإشراف» (٥/ ٢٥).

لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا[١].

١٥٧٠ وَاخْتَلَفُوا إِذَا دَخَلَ الثَّانِي:

فَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ لِلْأَوَّلِ[٢].

---

(١) قال ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١١٩): «واتفقوا أن امرأة تزوجت في عقدتين مختلفتين رجلين، فعلم أولهما، ولم يكن دخل بها واحد منهما، فإنَّ الأول هو الزوج، والآخر أجنبي باطل».
وقال البغوي فِي «شرح السُّنَّة» (٥٤٦): «هذا قول عامة أهل العلم أنَّ المرأة إذا زوَّجها الوليّان، وكان أحدهما سابقًا، وعُرف السابق منهما، أنَّ الأول صحيح، والثاني باطل، سواء دخل بها الثاني أم لم يدخل».
ومذهب يرى الإمام مالك: أنَّ الثاني إن دخل بها فهو أحق بها». «التفريع» (٢/ ٣٣)، «الذخيرة» (٤/ ٢٥٣).
وهو قضاء معاوية رضي الله عنه، وقول عطاء رحمه الله.
«شرح السُّنَّة» (٥/ ٤٦)، «المغني» (٩/ ٤٢٩).
● أدلة هذا القول:
١ ـ أن رجلًا يقال له أبو كنف العَبْدِي؛ طلق امرأته، وخرج مسافرًا، وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة، ولا علم لها بذلك حتى زوجت، فأتى عمر بن الخطاب؛ فكتب له: إن كان دخل بها الآخر فهي امرأته، وإلا فهي للأول. فقدم أبو كنف الكوفة فوجده لم يدخل بها. فقال لنسوة عندها: قمن من عندها؛ فإن لي إليها حاجة، فقمن، فبنى بها مكانه وكانت امرأته. أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٠٩٨٠).
٢ ـ روي: أن موسى بن طلحة بن عبيد الله زوّج أخته يزيد بن معاوية بالشام، وزوَّجها أخوها يعقوب بن طلحة الحسنَ بن علي بالمدينة، فدخل بها الحسن؛ وهو الثاني من الزوجين، ولم يعلم بما تقدم من نكاح يزيد، فقضى معاوية بنكاحها للحسن بعد أن أجمع معه فقهاء المدينة.
أخرجه عبد الرزاق فِي «المصنف» (٦/ ٢٣٣).
● وجه الدلالة: هذا معاوية قضى للحسن ـ وكان ثاني الزوجين ـ بأنه أحقُّ بالمرأة لما دخل بها، فيجب المصير إليه، بعدما لم ينقل عن غيره من الصحابة خلافه.
«الذخيرة» (٤/ ٢٥٣)، «عارضة الأحوذي» (٥/ ٢٥).

(٢) وهو مذهب الحنفية والشافعية:

وَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ لِلثَّانِي(١). وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَابْنِ الْقَاسِمِ(٢).

وَبِالْأَوَّلِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ(٣).

[١٥٧٠/...] وَأَمَّا إِنْ أَنْكَحَاهَا مَعًا: **فَلَا خِلَافَ** فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، فِيمَا أَعْرِفُ(٤).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الدُّخُولِ أَوْ لَا اعْتِبَارِهِ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْقِيَاسِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ قَالَ: **«أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا»**(٥).

= قال ابن الهُمَام: «فإن زوَّجها كل منهما، فالصحة للسابق». «فتح القدير» (٣/ ٢٩٠).
قال الماوردي: «أما **القسم الأول** وهو: أن يسبق أحدهما الآخر ويعلم أيهما هو السابق بالنكاح لأسبق الزوجين عقدًا والنكاح الثاني المسبوق باطل؛ سواء دخل هذا الثاني بها أو لم يدخل». «الحاوي الكبير» (٩/ ١٢٢).

(١) «البيان والتحصيل»، لابن رشد الجد (٥/ ١٢٧).

(٢) «عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٩٢).

(٣) ينظر: «الذخيرة»، للقرافي (٤/ ٢٥٣).

(٤) مذهب الأئمة الأربعة بطلان النكاح:
مذهب الحنفية: قال ابن الهُمَام: «فإن لم يعلم السابق أو وقعا معًا: بطلا، لعدم الأولوية بالتصحيح». «فتح القدير» (٣/ ٢٩٠).
ومذهب المالكية: قال القرافي: «فإن لم يدخل بها وجهل الأول: فسخا جميعًا، لتعذر الجمع». «الذخيرة» (٤/ ٢٥٣).
ومذهب الشافعية: قال الماوردي: «وأما **القسم الثاني**، وهو أن يقع النكاح معًا، ولا يسبق أحدهما الآخر، فالنكاحان باطلان... وأما **القسم الثالث**: وهو أن يشك هل وقع النكاحان معًا أو سبق أحدهما الآخر؛ فالنكاحان باطلان». «الحاوي الكبير» (٩/ ١٢٣).
ومذهب الحنابلة: «الكافي» (٣/ ٩).

(٥) أخرجه البزَّارُ (٤٥٥٣) حَدَّثنا مُحَمَّدُ بْنَ الْمُثَنَّى، قَال: حَدَّثنا ابْنُ أَبِي عَدِيٍّ، عَن سَعِيد بْنِ أَبِي عَرُوبة، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرة، أَوْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، رضي الله عنهما، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: **«أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ؛ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا. وَأَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ للأول منهما»**.

فَعُمُومُ هَذَا الْحَدِيثِ يَقْتَضِي أَنَّهَا لِلْأَوَّلِ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي أَوْ لَمْ يَدْخُلْ.

وَمَنِ اعْتَبَرَ الدُّخُولَ فَتَشْبِيهًا بِفَوَاتِ السِّلْعَةِ فِي الْبَيْعِ الْمَكْرُوهِ.

وَهُوَ ضَعِيفٌ.

١٥٧١ وَأَمَّا إِنْ لَمْ يُعْلَمِ الْأَوَّلُ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى الْفَسْخِ[١].

وَقَالَ مَالِكٌ: يُفْسَخُ مَا لَمْ يَدْخُلْ أَحَدُهُمَا[٢].

وَقَالَ شُرَيْحٌ: تُخَيَّرُ، فَأَيَّهُمَا اخْتَارَتْ كَانَ هُوَ الزَّوْجَ، **وَهُوَ شَاذٌّ.**

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ[٣] رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

الْمَوْضِعُ الرَّابِعُ فِي عَضْلِ الْأَوْلِيَاءِ:

١٥٧٢ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَعْضُلَ وَلِيَّتَهُ إِذَا دَعَتْ إِلَى كُفْءٍ، وَبِصَدَاقِ مِثْلِهَا[٤]، ....

---

(١) «فتح القدير»، لابن الهُمَام (٣/ ٢٩٠)، «الحاوي الكبير»، للماوردي (٩/ ١٢٣)، «الكافي» (٣/ ٩).

(٢) قال الحطَّاب: «لم يدخل بها واحد منهما ولم يعلم الأول فسخا جميعًا: في الكتاب في هذه المسألة **ثلاث صور**:

الأولى: إذا علم الأول، ولم يدخل الثاني: فهذه ترد للأول ويفسخ نكاح الثاني بغير طلاق، قاله ابن الموَّاز.

الثانية: أن يكون دخل بها، والمسألة بحالها؛ فهذه مسألة الخلاف. قال في الكتاب: الثاني أحق.

الثالثة: أن لا يعلم واحد منهما فهذه أيضًا قال فيها في الكتاب: فسخا جميعًا، فإن دخل بها الثاني كان أحق بها بطريق الأولى، على مذهب الكتاب. وعلى قول ابن عبد الحكم: يفسخ، حكى ذلك اللخمي». «مواهب الجليل» (٣/ ٤٤٢).

(٣) «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٢٦).

(٤) مذهب المالكية: قال القاضي عبد الوهاب: «ولا يجوز لولي عضل وليته إذا دعته إلى كفء في الدين والحال والمروءة ويزوجها عليه الإمام». «التلقين» (ص٢٧٩). =

وَأَنَّهَا تَرْفَعُ أَمْرَهَا إِلَى السُّلْطَانِ فَيُزَوِّجُهَا(١)، مَا عَدَا الْأَبَ؛ فَإِنَّهُ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَذْهَبُ(٢).

١٥٧٣ وَاخْتَلَفُوا بَعْدَ هَذَا الِاتِّفَاقِ فِيمَا هِيَ الْكَفَاءَةُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي ذَلِكَ، وَهَلْ صَدَاقُ الْمِثْلِ مِنْهَا أَمْ لَا؟

١٥٧٤ وَكَذَلِكَ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ [ب/ ٢٤٠و] نَفْسَهَا مِنْ إِنْكَاحِ

= ومذهب الشافعية: قال النووي: «ولو عضلَ الواحد أو الجمع، زوَّج السلطان». «روضة الطالبين» (٧/ ٧٧).

ومذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ٥٤)، «الإنصاف»، للمرداوي (٨/ ٥٧).

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٣٦٠).

وقال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٣٣): «ولو امتنع العصبة كلهم، زوّج الحاكم بالاتفاق، وإذا أذن العصبة للحاكم، جاز باتفاق العلماء».

وقال في «مختصر الفتاوى المصرية» (ص٤٢٣): «وليس للولي عضلها عن الكفء إذا طلبته، فإن عضلها وامتنع من تزويجها، زوجها الولي الآخر الأبعد، أو الحاكم بغير إذنه باتفاق».

وذهب الحصكفي وابن نُجيم من الحنفية، والحنابلة في الصحيح من المذهب، أنَّ الولي إذا عضل المرأة؛ فإن الولاية تنتقل للولي الأبعد، ولا تنتقل للسلطان إلا إذا عضلها جميع الأولياء.

انظر: «البحر الرائق» (٣/ ١٣٦)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٠١)، «الإنصاف» (٨/ ٧٥)، «المحرر» (٢/ ٣٧).

• دليل هذا القول: حديث الترمذي (١١٠٢): «**فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له**».

وجه الدلالة: يحمل هذا الحديث على أنَّ السلطان ولي للمرأة التي لا ولي لها، ويحمل أيضًا على ما إذا عضل الأولياء كلهم؛ لأن قوله ﷺ: «**فإن اشتجروا**»، ضمير جمع يتناول الكل، والسلطان يكون وليًّا لمن لا ولي له، وها هنا لها ولي أو وليان. «بدائع الصنائع» (٣/ ٣٨١)، «المغني» (٩/ ٣٨٣).

«موسوعة الإجماع» (٣/ ١٧٣).

(٢) قال ابن شاس: «ويصير الولي عاضلًا إذا عينت كفؤًا فرده، إلا الأب في ابنته البكر، فإنه لا يكون برد أول خاطب أو خاطبين عاضلًا». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٨٢).

مَنْ لَهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ جَبْرُهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ فِيهَا الْكَفَاءَةُ مَوْجُودَةً كَالْأَبِ فِي ابْنَتِهِ الْبِكْرِ[١].

أَمَّا غَيْرُ الْبَالِغِ **فَبِاتِّفَاقٍ**.

وَالْبَالِغُ وَالثَّيِّبُ [أ/ ٢٨١ظ] الصَّغِيرَةُ بِاخْتِلَافٍ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وَكَذَلِكَ [م/ ١٥٠و] الْوَصِيُّ فِي مَحْجُورِهِ عَلَى الْقَوْلِ بِالْجَبْرِ[٢].

١٥٧٥ فَأَمَّا الْكَفَاءَةُ: فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الدِّينَ مُعْتَبَرٌ فِي ذَلِكَ[٣]، إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ[٤] مِنْ إِسْقَاطِ اعْتِبَارِ الدِّينِ.

[١٥٧٥/...] وَلَمْ يَخْتَلِفِ الْمَذْهَبُ: أَنَّ الْبِكْرَ إِذَا زَوَّجَهَا الْأَبُ مِنْ شَارِبِ الْخَمْرِ ـ وَبِالْجُمْلَةِ مِنْ فَاسِقٍ ـ أَنَّ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنَ النِّكَاحِ[٥]، وَيَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ فَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا.

---

(١) تقدم الكلام عنها في إجبار الأب وغيره.

(٢) تقدم أيضًا الكلام عليها في الوصيِّ.

(٣) نقله عنه ابن قاسم في «حاشية الروض المربع» (٦/ ٢٧٩).
وقال ابن تيمية فِي «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٣١٧): «ولهذا اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة في الدين، وعلى ثبوت الفسخ بفوات هذه الكفاءة».
وقال ابن جُزَي فِي «القوانين الفقهية» (ص١٩٥): «ونكاح كافر مسلمة، يحرم على الإطلاق، بإجماع».
وقال ابن حجر فِي «فتح الباري» (٩/ ١٥٩): «واعتبار الكفاءة في الدين متفق عليه، فلا تحل المسلمة للكافر أصلًا».
وقال العيني في «عمدة القاري» (٢٠/ ٨٣) بعد قول البخاري: باب الأكفاء في الدين (أي: هذا باب في بيان أن الأكفاء التي بالإجماع، هي أن تكون في الدين، فلا يحل للمسلمة أن تتزوج بالكافر».
وقال الحطاب في «مواهب الجليل» (٥/ ١٠٦): «والمطلوب من الزوج: أن يكون كفؤًا في دينه، بلا خلاف».

(٤) «الهداية» (١/ ٢٠١).

(٥) قال الحطَّاب: «إذا زوَّج الأبُ ابنته البكر مِنْ رجلٍ سِكِّيرٍ فاسقٍ لا يؤمن عليها، لم يجز، وليرده الإمام وإن رضيت هي به». «مواهب الجليل» (٣/ ٤٦٠).

وَكَذَلِكَ إِنْ زَوَّجَهَا مِمَّنْ مَالُهُ حَرَامٌ[١]، أَوْ مِمَّنْ هُوَ كَثِيرُ الْحَلِفِ بِالطَّلَاقِ[٢].

١٥٧٦ وَاخْتَلَفُوا فِي النَّسَبِ: هَلْ هُوَ مِنَ الْكَفَاءَةِ أَمْ لَا؟

وَفِي الْحُرِّيَّةِ، وَفِي الْيَسَارِ، وَفِي الصِّحَّةِ مِنَ الْعُيُوبِ.

فَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ[٣]: أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُ الْمَوَالِي مِنَ الْعَرَبِ، وَأَنَّهُ احْتَجَّ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣].

وَقَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ[٤]، وَأَحْمَدُ[٥]: لَا تُزَوَّجُ الْعَرَبِيَّةُ مِنْ مَوْلًى.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: لَا تُزَوَّجُ قُرَشِيَّةٌ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ، وَلَا عَرَبِيَّةٌ إِلَّا مِنْ عَرَبِيٍّ[٦].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمُ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا، وَجِمَالِهَا، وَمَالِهَا، وَحَسَبِهَا؛ فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَمِينُكَ**»[٧].

فَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الدِّينَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فَقَطْ[٨]؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَمِينُكَ**»[٩].

---

(١) «مواهب الجليل» (٣/ ٤٦١). (٢) «مواهب الجليل» (٣/ ٤٦١).

(٣) انظر: «عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٤٢٤) حيث قال: «قال ابن القاسم فيه: سألت مالكًا عن نكاح الموالي في العرب، فقال: لا بأس بذلك».

(٤) «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٧).

(٥) «كشاف القناع» (٥/ ٦٧)، «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٢٣).

(٦) «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٩)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ١١٠).

(٧) رواه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦).

(٨) محكي هذا القول عن مالك: قال القرافي: «وأما نحن فنعتبر فيه خمسة أوصاف. الوصف الأول: الدين... الوصف الثاني: الحرية...». «الذخيرة»، للقرافي (٤/ ٢١٢). وانظر: «اختلاف الأئمة العلماء»، لابن هُبَيرة (٢/ ١٣٤). وينسب هذا القول للشافعي، «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٦).

(٩) أخرجه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦).

وَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الْحَسَبَ فِي ذَلِكَ هُوَ بِمَعْنَى الدِّينِ، وَكَذَلِكَ الْمَالُ، وَأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الْإِجْمَاعُ، وَهُوَ كَوْنُ الْحُسْنِ[١] لَيْسَ مِنَ الْكَفَاءَةِ.

وَكُلُّ مَنْ يَقُولُ بِرَدِّ النِّكَاحِ مِنَ الْعُيُوبِ، يَجْعَلُ الصِّحَّةَ مِنْهَا مِنَ الْكَفَاءَةِ، وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ الْحَسَبُ يُعْتَبَرُ لِجِهَةٍ مَا.

[١٥٧٦/أ] وَلَمْ يَخْتَلِفِ **الْمَذْهَبُ** أَيْضًا: أَنَّ الْفَقْرَ مِمَّا يُوجِبُ فَسْخَ إِنْكَاحِ الْأَبِ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ[٢]؛ أَعْنِي: إِذَا كَانَ فَقِيرًا غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى النَّفَقَةِ عَلَيْهَا، فَالْمَالُ عِنْدَهُ مِنَ الْكَفَاءَةِ، وَلَمْ يَرَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣].

[١٥٧٦/ب] وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ: فَلَمْ يَخْتَلِفِ **الْمَذْهَبُ** أَنَّهَا مِنَ الْكَفَاءَةِ؛ لِكَوْنِ السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ لِتَخْيِيرِ الْأَمَةِ إِذَا عُتِقَتْ[٤].

١٥٧٧ وَأَمَّا **مَهْرُ الْمِثْلِ**: فَإِنَّ مَالِكًا[٥]، وَالشَّافِعِيَّ[٦]، يَرَيَانِ أَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْكَفَاءَةِ، وَأَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يُنْكِحَ ابْنَتَهُ بِأَقَلَّ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ؛ أَعْنِي: الْبِكْرَ. وَأَنَّ الثَّيِّبَ الرَّشِيدَةَ إِذَا رَضِيَتْ بِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْأَوْلِيَاءِ مَقَالٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]: مَهْرُ الْمِثْلِ مِنَ الْكَفَاءَةِ.

---

(١) في (أ)، (ج): «الحسب!».

(٢) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٤٩)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٠٨).

(٣) «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٩).

(٤) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٥٠)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٠٧).

(٥) قال ابن شاس: «إذا زوج الأب من ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل، أو من ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها، فإنَّ ذلك جائز إذا كان نظرًا لهما». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٨٠).

(٦) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٤٩).

(٧) «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٩).

ومذهب الحنابلة: «الإنصاف»، للمرداوي (٨/ ٢٢٩)؛ حيث قال: «ولا يتقدر أقله ولا أكثره؛ بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرة: جاز أن يكون صداقًا». هذا المذهب. وعليه الأصحاب».

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

أَمَّا فِي الْأَبِ: فَلِاخْتِلَافِهِمْ هَلْ لَهُ أَنْ يَضَعَ مِنْ صَدَاقِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ شَيْئًا، أَمْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؟

وَأَمَّا فِي الثَّيِّبِ: فَلِاخْتِلَافِهِمْ هَلْ تَرْتَفِعُ عَنْهَا الْوِلَايَةُ فِي مِقْدَارِ الصَّدَاقِ إِذَا كَانَتْ رَشِيدَةً [أ/ ٢٨٢و] كَمَا تَرْتَفِعُ فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهَا الْمَالِيَّةِ؛ أَمْ لَيْسَ تَرْتَفِعُ [ب/ ٢٤٠ظ] الْوِلَايَةُ عَنْ مِقْدَارِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ كَانَتْ لَا تَرْتَفِعُ عَنْهَا فِي التَّصَرُّفِ فِي النِّكَاحِ، وَالصَّدَاقُ مِنْ أَسْبَابِهِ؟

وَقَدْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ أَخْلَقَ(١) بِمَنْ يَشْتَرِطُ الْوِلَايَةَ مِمَّنْ لَيْسَ يَشْتَرِطُهَا، وَلَكِنْ أَتَى الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ.

وَيَتَعَلَّقُ بِأَحْكَامِ الْوِلَايَةِ مَسْأَلَةٌ مَشْهُورَةٌ، وَهِيَ:

١٥٧٨ هَلْ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُنْكِحَ وَلِيَّتَهُ مِنْ نَفْسِهِ، أَمْ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ؟

فَمَنَعَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ(٢)؛ قِيَاسًا عَلَى الْحَاكِمِ وَالشَّاهِدِ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ لِنَفْسِهِ، وَلَا يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ(٣).

١٥٧٩ وَلَا أَعْلَمُ لِمَالِكٍ حُجَّةً، إِلَّا مَا رُوِيَ مِنْ «أَنَّهُ ﷺ تَزَوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ بِغَيْرِ وَلِيٍّ»(٤)؛ لِأَنَّ ابْنَهَا كَانَ صَغِيرًا(٥).

---

(١) أخلق به: أي: أولى وأجدر. انظر: «مقاييس اللغة»، لابن فارس (٢/ ٢١٤).

(٢) قال الجويني: «إذا أراد الولي أن يتزوج وليته، وذلك يفرض في بني الأعمام من القرابة، وفي المعتق والمعتقة؛ فمذهبنا: أنه إذا أراد ذلك، ورضيت المرأة به زوجًا، فليس له أن يتولى طرفي العقد». «نهاية المطلب» (١٢/ ١٤١).

(٣) قال ابن شاس: «والحاكم يعقد لنفسه على من يتولى عليها بإذنها له في ذلك، فيتولى طرفي العقد». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٢٢).

(٤) رواه النسائي (٣٢٥٤)، عن أم سلمة، وقد سبق الكلام عنه.

(٥) في هذا اختلاف، سبق، والذي حرَّره الحافظ للذهبي (٢/ ١٧٧) «تنقيح التحقيق»: =

وَمَا ثَبَتَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ، فَجَعَلَ صَدَاقَهَا عِتْقَهَا»(١).

وَالْأَصْلُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٢) فِي أَنْكِحَةِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّهَا عَلَى الْخُصُوصِ؛ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى الْعُمُومِ؛ لِكَثْرَةِ خُصُوصِيَّتِهِ فِي هَذَا الْمَعْنَى ﷺ.

وَلَكِنْ تَرَدَّدَ قَوْلُهُ فِي الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ(٣).

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الشَّهَادَةِ

١٥٨٠ وَاتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤)، وَالشَّافِعِيُّ(٥)، وَمَالِكٌ(٦)، عَلَى أَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ شَرْطِ النِّكَاحِ.

١٥٨١ وَاخْتَلَفُوا: هَلْ هِيَ شَرْطُ تَمَامٍ يُؤْمَرُ بِهِ عِنْدَ الدُّخُولِ، أَوْ شَرْطُ صِحَّةٍ يُؤْمَرُ بِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ؟

= أنه لم يكن صغيرًا، بل كَانَ رجلًا متزوجًا، وقد صحَّ أنه استفتى النَّبي ﷺ - وعنده أم سلمة - عَن مُبَاشَرَة الصَّائِم.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الماوردي: «النبي ﷺ مخصوص في مناكحه». «الحاوي الكبير»، للماوردي (٩/ ٩٦).

ومذهب الحنابلة: قال ابن مفلح: «ولولي مجبر في طرفي العقد توليهما، كتزويج عبده الصغير بأمته أو بنته، وكذلك لغيره، فيكفي: زوجت فلانًا فلانة، أو تزوجتها إن كان هو الزوج». «الفروع» (٨/ ٢٢٧).

(٣) ينظر: «تحفة المحتاج» (٧/ ٢٤٨).

(٤) قال الموصلي: «ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين، أو رجل وامرأتين». «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٨٣)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٢).

(٥) قال النووي: «ولا يصح إلا بحضرة شاهدين». «منهاج الطالبين» (ص٢٠٦)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٤).

(٦) قال النفراوي: «ولا نكاح إلا بشهادة شاهدي عدل، ويستحب إشهادهما عند العقد». «الفواكه الدواني» (٢/ ٤)، «مختصر خليل» (ص٩٦).

ومذهب الحنابلة في المعتمد: «كشاف القناع» (٥/ ٦٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٤٨).

١٥٨٢ **وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ السِّرِّ**[١][٢].

---

(١) قال الترمذيُّ فِي «الجامع» (٢/ ٣٥٥): «والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا: لا نكاح إلا بشهود، لم يختلفوا في ذلك من مضى منهم».
وقال القاضي ابن العربي في «عارضة الأحوذي» (٤/ ٢٤٦): «النكاح عقد يفتقر إلى إعلان، لا خلاف فيه، ونكاح السر ممنوع لا خلاف فيه».
وقال النووي في «شرح صحيح مسلم» (٩/ ١٩٠): «وأجمعت الأمة على أنه لو عقد سرًّا بغير شهادة لم ينعقد».
وقال ابن تيمية فِي «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٣٠): «وإذا اجتمع الإشهاد والإعلان، فهذا الذي لا نزاع في صحته».
وذهب المالكية، والحنابلة في رواية، أنه لا يشترط أن يحضر الشهود عقد النكاح؛ فلو عقد النكاح بلا شهود، ثم أُعلن، صحَّ.
«الذخيرة» (٤/ ٣٩٨)، «المعونة» (٢/ ٥٤٢)، «الإنصاف» (٨/ ١٠٢)، «المحرر» (٢/ ٤١).
وقال بهذا القول ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤٨).
وهو قول ابن عمر، والحسن بن علي، وابن الزبير ﷺ، وعبد الرحمٰن بن مهدي، وأبي ثور؛ كما في «الإشراف» (١/ ٣٣).
● ومن أدلة هذا القول:
١ ـ تحمل الأحاديث الواردة في الأمر بالإشهاد على النكاح على أنه شرط كمال وفضيلة، وليس بشرط صحة. «المعونة» (٢/ ٥٤٢).
٢ ـ أن عقد النكاح عقد كسائر العقود، ولا يشترط فيها الشهادة، فكان عقد النكاح مثلها.
«المعونة» (٢/ ٥٤٢).
٣ ـ أن عقد النكاح يقصد به التوثيق، فلا يشترط فيه الإشهاد كالرهن، والكفالة.
«المعونة» (٢/ ٥٤٢).

(٢) ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن نكاح السر هو ما لم يحضره الشهود، أما ما حضره شاهدان؛ فهو نكاح علانية، لا نكاح السر.
أما المالكية فلهم في حقيقة نكاح السر، طريقتان: **الأولى**: طريقة الباجي وهي استكتام غير الشهود، كما لو تواصى الزوجان والولي على كتمه، سواء أوصى الشهود بذلك أم لا. =

١٥٨٣ وَاخْتَلَفُوا إِذَا أَشْهَدَ (شَاهِدَيْنِ، وَرَضِيَا)[١] بِالْكِتْمَانِ، هَلْ هُوَ سِرٌّ أَوْ لَيْسَ بِسِرٍّ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: هُوَ سِرٌّ، وَيُفْسَخُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣] وَالشَّافِعِيُّ[٤]: لَيْسَ بِسِرٍّ.

= **الثانية**: طريقة ابن عرفة، وهي ما أوصى الشهود على كتمه سواء أوصى غيرهم على كتمه أم لا.

وأما مذهب الحنفية. ينظر: «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣)، قال: «ومنها الشهادة، وهي: حضور الشهود، والكلام في هذا الشرط في ثلاث مواضع: **أحدها**: في بيان أنَّ أصل الشهادة شرط جواز النكاح أم لا. . . . أما **الأول**: فقد اختلف أهل العلم فيه، قال عامة العلماء: إن الشهادة شرط جواز النكاح. . . ولنا ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«لا نكاح إلا بشهود»**، وروي: **«لا نكاح إلا بشاهدين»**، وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«الزانية التي تنكح نفسها بغير بيِّنة»**، ولو لم تكن الشهادة شرطًا لم تكن زانية بدونها، ولأنَّ الحاجة مسَّت إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود، وبه تبين أن الشهادة في النكاح ما شُرطت إلا في النكاح للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار».

ومذهب المالكية. ينظر: «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٣٦)، «الكافي»، لابن عبد البر (٢/ ٥٢٠).

مذهب الشافعية، قال الماوردي: «وهذا صحيح، الشهادة في النكاح واجبة. وقال داود: غير واجبة، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وعبد الله بن الزبير، وعمر، وعبد الله بن عباس. ومن التابعين سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والنخعي». «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٧).

مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ٦٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٤٨).

(١) في (م): «شاهديه ووصيا». (٢) تقدم قوله.

(٣) «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٣).

(٤) «لأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصي بالكتمان كالبيع». «تكملة المجموع» (١٦/ ٢٠٠).

ومذهب الحنابلة، قال البهوتي: «ولا يبطله؛ أي: ـ العقد ـ تواص بكتمانه؛ لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتومًا، ويكره كتمانه قصدًا». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٤٨).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلِ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، أَمْ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا سَدُّ ذَرِيعَةِ الِاخْتِلَافِ والْإِنْكَارِ؟

فَمَنْ قَالَ: حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، قَالَ: هِيَ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ [م/ ١٥٠ظ] الصِّحَّةِ(١).

وَمَنْ قَالَ: تَوَثُّقٌ، قَالَ: مِنْ شُرُوطِ التَّمَامِ(٢).

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا: مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَوَلِيٍّ مُرْشِدٍ»(٣)، وَلَا مُخَالِفَ لَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ(٤).

وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ رَأَى هَذَا دَاخِلًا فِي بَابِ الْإِجْمَاعِ.

وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَهَذَا الْحَدِيثُ قَدْ رُوِيَ مَرْفُوعًا، ذَكَرَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ، وَذَكَرَ أَنَّ فِي سَنَدِهِ مَجَاهِيلَ(٥).

وَأَبُو حَنِيفَةَ(٦) يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ فَاسِقَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ عِنْدَهُ بِالشَّهَادَةِ هُوَ الْإِعْلَانُ فَقَطْ.

وَالشَّافِعِيُّ(٧) يَرَى أَنَّ الشَّهَادَةَ تَتَضَمَّنُ الْمَعْنَيَيْنِ:

أَعْنِي: الْإِعْلَانَ وَالْقَبُولَ، وَلِذَلِكَ اشْتَرَطَ فِيهِمَا الْعَدَالَةَ.

---

(١) وهم المالكية والشافعية والحنابلة، كما تقدم.

(٢) وهم الحنفية، كما تقدم. (٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٧١)، بعد قول ابن عباس: «ولا مخالف له من الصحابة علمته». وانظر: «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ٧٥).

(٥) (٤/ ٣٢٨).

(٦) «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٤)، «حاشية ابن عابدين» «رد المحتار» (٣/ ٢٣).

(٧) قال النووي: «ولا يصحُّ إلا بحضرة شاهدين، وشرطهما: حرية وذكورة وعدالة». «منهاج الطالبين» (ص٢٠٦)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٤).

وَأَمَّا مَالِكٌ(١): فَلَيْسَ يَتَضَمَّنُ عِنْدَهُ الْإِعْلَانَ إِذَا وُصِّيَ الشَّاهِدَانِ بِالْكِتْمَانِ.

وَسَبَبُ [أ/ ٢٨٢ظ] **اخْتِلَافِهِمْ**:

هَلْ مَا تَقَعُ فِيهِ الشَّهَادَةُ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ السِّرِّ أَمْ لَا؟

وَالْأَصْلُ فِي اشْتِرَاطِ الْإِعْلَانِ: قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «**أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ،** [ب/ ٢٤١و] **وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ**»؛ خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(٢).

وَقَالَ عُمَرُ فِيهِ: هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ، وَلَوْ تَقَدَّمْتُ فِيهِ لَرَجَمْتُ(٣).

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ(٤) وَجَمَاعَةٌ: لَيْسَ الشُّهُودُ مِنْ شَرْطِ النِّكَاحِ، لَا شَرْطَ صِحَّةٍ وَلَا شَرْطَ تَمَامٍ.

وَفَعَلَ ذَلِكَ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ، رُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ شَهَادَةٍ، ثُمَّ أَعْلَنَ النِّكَاحَ(٥).

الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي الصَّدَاقِ

وَالنَّظَرُ فِي الصَّدَاقِ فِي **سِتَّةِ مَوَاضِعَ**:

الْأَوَّلُ: فِي حُكْمِهِ، وَأَرْكَانِهِ.

الْمَوْضِعُ الثَّانِي: فِي تَقَرُّرِ جَمِيعِهِ لِلزَّوْجَةِ.

الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ: فِي تَشْطِيرِهِ(٦)(٧).

---

(١) «مواهب الجليل» (٣/ ٤٠٨).

(٢) لم يخرِّجه أبو داود، إنما خرَّجه الترمذي (١٠٨٩)، وقال: هذا حديثٌ غريبٌ حَسَنٌ، وابن ماجه (١٨٩٥).

(٣) رواه مالك في «الموطأ» (٣/ ٧٦٧)، عن أبي الزُّبَير، عن عمر: «أُتِيَ بنكاح لم يَشْهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السِّرّ، ولا أُجيزه، ولو كنتُ تقدَّمت فيه لَرَجَمْتُ». وفي سنده انقطاع.

(٤) «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٨).

(٥) «الأوسط»، لابن المنذر (٨/ ٣١٦).

(٦) من (أ)، (ب)، وفي سواهما: «تشرطه».

(٧) شطر الشيء: نصفه، وتشطيره: تنصيفه. انظر: «الصحاح»، للجوهري (٦٩٧).

الْمَوْضِعُ الرَّابِعُ: فِي التَّفْوِيضِ، وَحُكْمِهِ.

الْمَوْضِعُ الْخَامِسُ: فِي الْأَصْدِقَةِ الْفَاسِدَةِ، وَحُكْمِهَا.

الْمَوْضِعُ السَّادِسُ: فِي اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي الصَّدَاقِ.

الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ: وَهَذَا الْمَوْضِعُ فِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: فِي حُكْمِهِ.

الثَّانِيَةُ: فِي قَدْرِهِ.

الثَّالِثَةُ: فِي جِنْسِهِ وَوَصْفِهِ.

الرَّابِعَةُ: فِي تَأْجِيلِهِ.

١٥٨٤ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: أَمَّا حُكْمُهُ، فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ(١)، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوَاطُؤُ(٢) عَلَى تَرْكِهِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، وقَوْلِهِ تعَالَى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥].

١٥٨٥ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَأَمَّا قَدْرُهُ، فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنْ لَيْسَ لِأَكْثَرِهِ حَدٌّ(٣).

١٥٨٦ وَاخْتَلَفُوا فِي أَقَلِّهِ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَحْمَدُ(٥)، وَإِسْحَاقُ، وَأَبُو ثَوْرٍ وَفُقَهَاءُ الْمَدِينَةِ مِنَ

---

(١) لم يتفقوا على شرطيته في النكاح، ووقع الخلاف فيه، كما سيأتي.

(٢) التواطؤ: الاتفاق. ينظر: «الصحاح»، للجوهري (١/ ٨٢).

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف» (٥/ ٣٤).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين»، للنووي (٧/ ٢٤٩) حيث قال: «ثم ليس للصداق حد مقدر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو مثمنًا أو أجرة، جاز جعله صداقًا؛ فإن انتهى في القلة إلى حدٍّ لا يتمول، فسدت التسمية».

(٥) قال المِرْداوي: «ولا يتقدَّر أقلّه ولا أكثره، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرة: جاز أن يكون صداقًا. هذا المذهب، وعليه الأصحاب». «الإنصاف» (٨/ ٢٢٩)، «الشرح الكبير» (٨/ ٤).

التَّابِعِينَ[١]: لَيْسَ لِأَقَلِّهِ حَدٌّ[٢].

وَكُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا وَقِيمَةً لِشَيْءٍ، جَازَ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا، وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٣].

وَقَالَ طَائِفَةٌ بِوُجُوبِ تَحْدِيدِ أَقَلِّهِ.

وَهَؤُلَاءِ اخْتَلَفُوا، فَالْمَشْهُورُ فِي ذَلِكَ مَذْهَبَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ[٤].

وَالثَّانِي: مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ[٥].

فَأَمَّا مَالِكٌ[٦] فَقَالَ: أَقَلُّهُ رُبُعُ دِينَارٍ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ كَيْلًا مِنْ فِضَّةٍ، أَوْ مَا يساوي الدَّرَاهِمَ الثَّلَاثَةَ؛ أَعْنِي: دَرَاهِمَ الْكَيْلِ فَقَطْ فِي الْمَشْهُورِ.

وَقِيلَ: أَوْ مَا يُسَاوِي أَحَدَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أَقَلُّهُ[٧].

---

(١) «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٣٥).

(٢) قال ابن عبد البر: «وأكثر أهل العلم بالمدينة وغيرها لا يحِدُّون في أقل الصداق شيئًا، كما لا يحد الجميع في أكثره شيئًا. ومن قال ذلك من أهل المدينة: سعيد بن المسيب وابن شهاب وربيعة ومن غيرهم». «الكافي» (٢/ ٥٥١)، «حاشية العدوي» (٢/ ٤١).

(٣) «الكافي»، لابن عبد البر (٢/ ٥٥١).

(٤) «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٦٢) وفيه: «الفاسد لأقله وهو على المشهور ربع دينار أو ثلاثة دراهم، أو ما يساوي أحدهما ولا حد لأكثره». «الفواكه الدواني»، للنفراوي (٢/ ٤ ـ ٥).

(٥) قال السُّغْدي: «قال أبو حنيفة وأصحابه: أقل المهر عشرة دراهم وما يكون دونها فهو مهر البغي». «النتف في الفتاوى» (١/ ٢٩٥).

(٦) قال القاضي عبد الوهَّاب: «وأقله محدود، وهو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم فضة». «التلقين» (ص٢٨٧).

(٧) «المبسوط» (٥/ ٦٢).

وَقِيلَ: خَمْسَةُ دَرَاهِمَ[١].

وَقِيلَ: أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا[٢].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي التَّقْدِيرِ سَبَبَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَرَدُّدُهُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا مِنَ الْأَعْوَاضِ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ التَّرَاضِي بِالْقَلِيلِ كَانَ أَوْ بِالْكَثِيرِ، كَالْحَالِ فِي الْبُيُوعَاتِ، (وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ عِبَادَةً فَيَكُونَ مُؤَقَّتًا.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ مَنَافِعَهَا عَلَى الدَّوَامِ يُشْبِهُ الْعِوَضَ)[٣]، وَمِنْ جِهَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّرَاضِي عَلَى [أ/٢٨٣و] إِسْقَاطِهِ يُشْبِهُ الْعِبَادَةَ.

وَالسَّبَبُ الثَّانِي: مُعَارَضَةُ هَذَا الْقِيَاسِ؛ فَالْمُقْتَضِي التَّحْدِيدَ، (لِمَفْهُومِ الْأَثَرِ الَّذِي [ب/٢٤١ظ] لَا يَقْتَضِي التَّحْدِيدَ.

أَمَّا الْقِيَاسُ الَّذِي يَقْتَضِي التَّحْدِيدَ)[٤]، فَهُوَ كَمَا قُلْنَا: إِنَّهُ عِبَادَةٌ، وَالْعِبَادَاتُ مُؤَقَّتَةٌ. وَأَمَّا الْأَثَرُ الَّذِي يَقْتَضِي مَفْهُومُهُ: عَدَمَ التَّحْدِيدِ؛ فَحَدِيثُ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ، الْمُتَّفَقُ عَلَى صِحَّتِهِ[٥]، وَفِيهِ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ! فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا، [م/١٥١و] فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ! فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **هَلْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ؟** فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا!** فَقَالَ: ما أَجِدُ شَيْئًا. فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ!** فَالْتَمَسَ، فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ**

---

(١) وهو قول ابن شُبْرمة. «الاستذكار» (٥/ ٤١١).

(٢) «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٣٣ ـ ٣٤).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) رواه البخاري (٥١٤٩) واللفظ له، ومسلم (١٤٢٥).

الْقُرْآنِ؟ قَالَ: نَعَمْ، سُورَةُ كَذَا وَسورة كَذَا ـ لِسُوَرٍ سَمَّاهَا ـ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»**(١).

قَالُوا: فَقَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»**(٢)، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا قَدْرَ لِأَقَلِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ لَبَيَّنَهُ؛ إِذْ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ.

وَهَذَا الِاسْتِدْلَالُ بَيِّنٌ كَمَا تَرَى؛ مَعَ أَنَّ الْقِيَاسَ الَّذِي اعْتَمَدَهُ الْقَائِلُونَ بِالتَّحْدِيدِ لَيْسَ تَسْلَمُ مُقَدِّمَاتُهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ انْبَنَى عَلَى مُقَدِّمَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ الصَّدَاقَ عِبَادَةٌ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ الْعِبَادَةَ مُؤَقَّتَةٌ.

وَفِي(٣) كِلَيْهِمَا نِزَاعٌ لِلْخَصْمِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ يُلْفَى فِي الشَّرْعِ مِنَ الْعِبَادَاتِ مَا لَيْسَتْ مُؤَقَّتَةً، بَلِ الْوَاجِبُ فِيهَا هُوَ أَقَلُّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ شَبَهُ الْعِبَادَاتِ خَالِصًا، وَإِنَّمَا صَارَ الْمُرَجِّحُونَ لِهَذَا الْقِيَاسِ عَلَى مَفْهُومِ الْأَثَرِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْأَثَرُ خَاصًّا بِذَلِكَ الرَّجُلِ؛ لِقَوْلِهِ فِيهِ: **«قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، وَهَذَا خِلَافٌ لِلْأُصُولِ.**

وَإِنْ كَانَ قَدْ جَاءَ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِهِ، أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«قُمْ فَعَلِّمْهَا»**، لَمَّا ذَكَرَ أَنَّهُ مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ، فَقَامَ فَعَلَّمَهَا، فَجَاءَ(٤) نِكَاحًا بِإِجَارَةٍ(٥).

لَكِنْ لَمَّا الْتَمَسُوا أَصْلًا يَقِيسُونَ عَلَيْهِ قَدْرَ الصَّدَاقِ، لَمْ يَجِدُوا شَيْئًا أَقْرَبَ شَبَهًا بِهِ مِنْ نِصَابِ الْقَطْعِ، عَلَى بُعْدِ مَا بَيْنَهُمَا.

وَذَلِكَ: أَنَّ [أ/٢٨٣ظ] الْقِيَاسَ الَّذِي اسْتَعْمَلُوهُ فِي ذَلِكَ هُوَ أَنَّهُمْ قَالُوا: هو عُضْوٌ مُسْتَبَاحٌ بِمَالٍ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مُقَدَّرًا، أَصْلُهُ (الْقَطْعُ.

---

(١) رواه البخاري، وفيه قال: **«اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن»**.

(٢) رواه البخاري (٥٠٨٧).

(٣) في (م): «وبين».

(٤) في (م): «فجاز».

(٥) في (ب): «بأجرة».

وَضَعْفُ هَذَا الْقِيَاسِ هُوَ مِنْ قِبَلِ الِاسْتِبَاحَةِ فِيهِمَا هِيَ مَقُولَةٌ بِاشْتِرَاكِ الِاسْمِ، وَذَلِكَ:)[١] أَنَّ الْقَطْعَ غَيْرُ الْوَطْءِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْقَطْعَ اسْتِبَاحَةٌ عَلَى جِهَةِ الْعُقُوبَةِ وَالْأَذَى وَنَقْصُ [ب/٢٤٢و] خِلْقَةٍ، وَهَذَا اسْتِبَاحَةٌ عَلَى جِهَةِ اللَّذَّةِ وَالْمَوَدَّةِ.

وَمِنْ شَأْنِهِ: قِيَاسُ الشَّبَهِ[٢] عَلَى ضَعْفِهِ[٣] أَنْ يَكُونَ الَّذِي بِهِ (الشَّبَهُ)[٤] تَشَابُهُ الْفَرْعِ وَالْأَصْلِ شَيْئًا وَاحِدًا لَا بِاللَّفْظِ بَلْ بِالْمَعْنَى، وَأَنَّ يَكُونَ الْحُكْمُ إِنَّمَا وُجِدَ لِلْأَصْلِ مِنْ جِهَةِ الشَّبَهِ[٥]، وَهَذَا كُلُّهُ مَعْدُومٌ فِي هَذَا الْقِيَاسِ.

وَمَعَ هَذَا: فَإِنَّهُ مِنَ الشَّبَهِ الَّذِي لَمْ يُنَبِّهْ عَلَيْهِ اللَّفْظُ.

١٥٨٧ وَهَذَا النَّوْعُ مِنَ الْقِيَاسِ مَرْدُودٌ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ، لَكِنْ لَمْ يَسْتَعْمِلُوا هَذَا الْقِيَاسَ فِي إِثْبَاتِ التَّحْدِيدِ الْمُقَابِلِ لِمَفْهُومِ الْحَدِيثِ؛ إِذْ هُوَ فِي غَايَةِ الضَّعْفِ، وَإِنَّمَا اسْتَعْمَلُوهُ فِي تَعْيِينِ قَدْرِ التَّحْدِيدِ.

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الَّذِي اسْتَعْمَلُوهُ فِي مُعَارَضَةِ مَفْهُومِ الْحَدِيث: فَهُوَ أَقْوَى مِنْ هَذَا، وَيَشْهَدُ لِعَدَمِ التَّحْدِيدِ: مَا خَرَّجَهُ التِّرْمِذِيُّ: «أَنَّ امْرَأَةً تَزَوَّجَتْ عَلَى نَعْلَيْنِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(أَرَضِيتِ مِنْ)[٦] نَفْسِكِ وَمَالِكِ بِنَعْلَيْنِ؟** فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَجَوَّزَ نِكَاحَهَا»[٧].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).

(٢) قال ابن قدامة: «هو أن يتردد الفرع بين أصلين: حاظر ومبيح مثلًا، ويكون شبهه بأحدهما أكثر نحو أن يشبه المبيح في ثلاثة أوصاف ويشبه الحاظر في أربعة فلنلحقه بأشبههما به». «روضة الناظر» (ص٣١٢).

(٣) قال القرافي في «شرح تنقيح الفصول» (ص٢٠٥): «ولا شكَّ: أنَّ هذا قياسٌ ضعيفٌ بالنسبة إلى قياس المعنى».

(٤) من (م).

(٥) في (م): «المعنى».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ملكت».

(٧) أخرجه الترمذي (١١١٣)، وابن ماجه (١٨٨٨)، وأحمد (٣/ ٤٤٥)، والبيهقي (٧/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩)، وفي «معرفة السُّنن» (١٤٢٥٤)، عن عاصم بن عبيد الله، =

وَقَالَ فِيهِ: هُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ(١).

وَلَمَّا اتَّفَقَ الْقَائِلُونَ بِالتَّحْدِيدِ عَلَى قِيَاسِهِ عَلَى نِصَابِ السَّرِقَةِ(٢)، (اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي نِصَابِ السَّرِقَةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣): هُوَ رُبُعُ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّهُ النِّصَابُ فِي السَّرِقَةِ)(٤)(عِنْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هُوَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّهُ النِّصَابُ عِنْدَهُ)(٥).

(وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ(٦): هُوَ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّهُ النِّصَابُ عِنْدَهُ)(٧) أَيْضًا فِي السَّرِقَةِ.

= عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، عن أبيه.
قال الحافظ البيهقي: «تكلموا فيه، ومع ضعفه روى عنه الأئمة».
وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديثِ» (١/ ٤٢٤): «سألت أبي عن عاصم بن عبيد الله فقال: منكر الحديث، يقال إنّه ليس له حديث يعتمد عليه. قلت: ما أنكروا عليه؟ قال: فذكر هذا الحديث، قال: وهو منكر».

(١) كذا قال الترمذي.
والحديث من جميع طرقه مداره على عاصم بن عبيد الله.
قال الحافظ البيهقي: «تكلموا فيه، ومع ضعفه روى عنه الأئمة».
وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديثِ» (١/ ٤٢٤): «سألت أبي عن عاصم بن عبيد الله فقال: منكر الحديث، يقال إنّه ليس له حديث يعتمد عليه. قلت: ما أنكروا عليه؟ قال: فذكر هذا الحديث، قال: وهو منكر».اهـ.
وبه أعل الحديث: الحافظ ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٨١)، والزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٠٠).
وأورد الذهبي في «الميزان» (٢/ ٣٥٤) هذا الحديث مما أنكر علَى عاصم.

(٢) حكى الإجماع: ابن هُبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٢٠٦).

(٣) قال القاضي عبد الوهاب: «وأقله محدود وهو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم فضة». «التلقين» (ص٢٨٧).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) «الاستذكار» (٥/ ٤١١).

(٧) ما بين القوسين من (أ).

وَقَدِ احْتَجَّتِ الْحَنَفِيَّةُ لِكَوْنِ الصَّدَاقِ مُحَدَّدًا بِهَذَا الْقَدْرِ، بِحَدِيثٍ يَرْوُونَهُ عَنْ جَابِرٍ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ: «**لَا مَهْرَ بِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ**»(١).

وَلَوْ كَانَ هذا ثَابِتًا لَكَانَ رَافِعًا لِمَوْضِعِ الْخِلَافِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَجِبُ لِمَوْضِعِ هَذَا الْحَدِيثِ: أَنَّ يُحْمَلَ حَدِيثُ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ عَلَى الْخُصُوصِ، لَكِنَّ حَدِيثَ جَابِرٍ هَذَا ضَعِيفٌ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ يَرْوِيهِ - قَالُوا - مُبَشِّرُ بْنُ عُبَيْدٍ، عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ جَابِرٍ، وَمُبَشِّرٌ وَالْحَجَّاجُ ضَعِيفَانِ(٢)، وَعَطَاءٌ [م/١٥١ظ] أَيْضًا لَمْ يَلْقَ جَابِرًا.

وَلِذَلِكَ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ هَذَا الْحَدِيثَ مُعَارِضٌ لِحَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ.

١٥٨٨ الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

أَمَّا جِنْسُهُ: فَكُلُّ مَا جَازَ أَنْ يُتَمَلَّكَ وَأَنْ يَكُونَ عِوَضًا.

وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَكَانَيْنِ:

---

(١) أبو يعلى (٢٠٩٤)، والدارقطني (٣٦٠١)، والطبراني في الأوسط (٣)، من حديث جابر.
وقال الطبراني: تفرد به: مبشر بن عبيد.
قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابَع عليها.
قال الحافظ ابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/٤١١): «حَدِيثٌ لَا يُثْبِتُهُ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْحَدِيثِ».

(٢) قال ابن عبد الهادي: «قد روِّينا هذا الحديث من طرقٍ، مدارها كلِّها على مبشر بن عبيد، قال أحمد بن حنبل: مبشر ليس بشيءٍ، أحاديثه موضوعات كذبٌ، يضع الحديث. وقال الدَّارَقُطْنِيُّ: يكذب. وقال ابن حِبَّان: يروي عن الثقات الموضوعات، لا يحلُّ كتب حديثه إلا على سبيل التعجُّب. وقال البيهقيُّ: هو حديث ضعيفٌ بمرَّة، وقد رواه بقيَّة عن مبشر عن الحجَّاج عن أبي الزبير عن جابر. وقال أبو عليٍّ الحافظ: مبشر بن عبيد متروك الحديث، وهذا منكر لم يتابع عليه». «تنقيح التحقيق» (٣٧٨/٤).

فِي النِّكَاحِ بِالْإِجَارَةِ.

وَفِي جَعْلِ عِتْقِ أَمَتِهِ صَدَاقَهَا. [أ/ ١٨٤و]

١٥٨٩ أَمَّا النِّكَاحُ عَلَى الْإِجَارَةِ:

فَفِي الْمَذْهَبِ فِيهِ **ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ**(١):

- قَوْلٌ بِالْإِجَازَةِ.
- وَقَوْلٌ بِالْمَنْعِ.
- وَقَوْلٌ بِالْكَرَاهَةِ.

وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ(٢) الْكَرَاهَةُ. وَلِذَلِكَ رَأَى فَسْخَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَأَجَازَهُ مِنْ أَصْحَابِهِ: أَصْبغُ(٣)، وَسَحْنُونٌ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٤).

وَمَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ(٥)، وَأَبُو حَنِيفَةَ، إِلَّا فِي الْعَبْدِ؛ فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَهُ(٦).

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٢٤).
(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٢٤).
(٣) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٢٤).
(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٤١٠) قال فيهِ: «يجوز أن تكون منافع العبد والحر صداقًا لزوجته، مثل أن يتزوجها على أن يخدمها شهرًا، أو يبني لها دارًا، أو يخيط لها ثوبًا، أو يرعى لها غنمًا».
(٥) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٢٤).
(٦) قال الكاساني: «ولو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة، فالتسمية فاسدة، ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة... ولا خلاف في أن العبد إذا تزوج بإذن المولى امرأة على أن يخدمها سنة: أن تصح التسمية، ولها المسمى». «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٨).
مذهب الحنابلة: قال الرحيباني: «ومنافع الحر والعبد سواء؛ لقوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، ولأنَّ منفعة الحر يجوز أخذ العوض عنها في الإجارة، فجازت صداقًا كمنفعة العبد». «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٥/ ١٧٦)، «الشرح الكبير»، لشمس الدين ابن قدامة (٨/ ٦).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ سَبَبَانِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ شَرْعُ مَنْ قَبْلَنَا لَازِمٌ لَنا[١] حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى ارْتِفَاعِهِ، أَمِ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ؟

فَمَنْ قَالَ: هُوَ لَازِمٌ ـ أَجَازَهُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: [ب/٢٤ظ] ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] الْآيَةَ.

وَمَنْ قَالَ: لَيْسَ بِلَازِمٍ ـ قَالَ: لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ بِالْإِجَارَةِ.

وَالسَّبَبُ الثَّانِي: هَلْ يَجُوزُ أَنْ ينقَاسَ النِّكَاحُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِجَارَةِ؟

وَذَلِكَ أَنَّ الْإِجَارَةَ هِيَ مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ الْمَجْهُولِ، وَلِذَلِكَ خَالَفَ فِيهَا الْأَصَمُّ[٢] وَابْنُ عُلَيَّةَ[٣]، وَذَلِكَ: أَنَّ أَصْلَ التَّعَامُلِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ[٤] ثَابِتَةٍ فِي عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ ثَابِتَةٍ.

وَالْإِجَارَةُ هِيَ عَيْنٌ ثَابِتَةٌ فِي مُقَابَلَتِهَا حَرَكَاتٌ وَأَفْعَالٌ غَيْرُ ثَابِتَةٍ وَلَا مُقَدَّرَةٍ بِنَفْسِهَا. وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ مَتَى تَجِبُ الْأُجْرَةُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ[٥].

---

(١) قال الطوفي في «شرح مختصر الروضة» (٣/ ١٦٩): «شرع من قبلنا ـ ما لم يرد نسخه ـ شرع لنا في أحد القولين، اختاره التميمي والحنفية، والثاني: لا، وللشافعية».

(٢) قال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمٰن بن الأصم». «المغني» (٥/ ٣٢٢).

(٣) «المحلى»، لابن حزم (٧/ ٣). قال ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ١٦٠): لا أعلم فيه اختلافًا بين العلماء، إلا بعض من شذَّ من الجماعة، واستبد برأيه، وترك ما دلَّ عليه كتاب الله وسنة نبيه؛ فإنه زعم أن الإجازة فاسدة.

(٤) في (م): «معرفة».

(٥) مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة: أنها تجب، وتستحق بتمام العمل:

مذهب الحنفية، ينظر: «النتف في الفتاوى»، للسغدي (٢/ ٥٥٩)، حيث قال: «فإن وقعت على عمل معلوم فلا تجب الأجرة إلا بإتمام العمل، اذا كان العمل مما لا يصلح أوله إلا بآخره وإن كان يصلح أوله دون آخره فتجب الأجرة بمقدار ما عمل وإذا وقعت على وقتٍ معلومٍ فتجب الأجرة بمضي الوقت إن هو استعمله أو لم يستعمله». =

[١٥٨٩/...] وَأَمَّا كَوْنُ الْعِتْقِ صَدَاقًا: فَإِنَّهُ مَنَعَهُ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ، مَا عَدَا دَاوُدَ(١)، وَأَحْمَدَ(٢).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ الْأَثَرِ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ لِلْأُصُولِ؛ أَعْنِي: مَا ثَبَتَ مِنْ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَعْتَقَ صَفِيَّةَ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا»(٣). مَعَ احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ هَذَا خَاصًّا بِهِ ﷺ؛ لِكَثْرَةِ اخْتِصَاصِهِ فِي هَذَا الْبَابِ.

وجهة مُفَارَقَتِهِ لِلْأُصُولِ: أَنَّ الْعِتْقَ إِزَالَةُ مِلْكٍ، وَالْإِزَالَةُ لَا تَتَضَمَّنُ اسْتِبَاحَةَ الشَّيْءِ بِوَجْهٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهَا إِذَا أُعْتِقَتْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا، فَكَيْفَ يُلْزِمُهَا النِّكَاحَ؟

وَلِذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): إِنَّهَا إِنْ كَرِهَتْ زَوَاجَهُ غَرِمَتْ لَهُ قِيمَتَهَا؛ لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّهَا قَدْ أُتْلِفَتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا؛ إِذْ كَانَ إِنَّمَا أَتْلَفَهَا بِشَرْطِ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا.

= ومذهب المالكية: قال ابن رشد الجد: «فإن لم يكن شرط ولا عرف لم يلزمه دفع الأجرة إلا بعد تمام العمل». «البيان والتحصيل» (٨/ ٤١١).

ومذهب الشافعية: قال النووي: «لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل». «روضة الطالبين» (٥/ ١٧٥).

ومذهب الحنابلة: قال البهوتي: «يستقر بتمام العمل كالأجرة». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٧٣).

(١) لم أقف على قول داود.

ومذهب ابن حزم الجواز، قال في «المحلى» (٩/ ٥٠١): «من أعتق أمته على أن يتزوجها وجعل عتقها صداقها لا صداق لها غيره، فهو صداق صحيح، ونكاح صحيح، وسنة فاضلة».

وقال به جمعٌ من العلماء، فقد نُقل عن التابعين كسعيد بن المسيب والزهري وطاوس وإبراهيم النخعي ومن الأئمة: الأوزاعي والثوري وإسحاق ابن رهوايه وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة، فمن الأولى أن يقول ما عدا أحمد وداود وغيرهم. «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ١٣٥)، «المغني» (٧/ ٧٤).

(٢) «كشاف القناع» (٥/ ٦٣)، «الشرح الكبير» (٧/ ٤٥١).

(٣) رواه البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥/ ٨٥).

(٤) «الحاوي الكبير» (٩/ ٨٥).

وَهَذَا كُلُّهُ لَا يُعَارَضُ بِهِ فِعْلُهُ ﷺ، وَلَوْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ لِغَيْرِهِ (لَنَبَّهَ عَلَيْهِ)[(١)] ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ أَفْعَالَهُ لَازِمَةٌ لَنَا[(٢)]، إِلَّا مَا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى خُصُوصِيَّتِهِ.

وَأَمَّا صِفَةُ الصَّدَاقِ:

١٥٩٠ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى انْعِقَادِ النِّكَاحِ عَلَى الْعَرَضِ الْمُعَيَّنِ الْمَوْصُوفِ[(٣)]؛ أَعْنِي: الْمُنْضَبِطَ جِنْسُهُ وَقَدْرُهُ بِالْوَصْفِ.

١٥٩١ وَاخْتَلَفُوا فِي الْعَرَضِ الْغَيْرِ مَوْصُوفٍ وَلَا مُعَيَّنٍ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: [أ/ ٢٨٤ظ] أَنْكَحْتُكَهَا عَلَى عَبْدٍ أَوْ خَادِمٍ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِفَ ذَلِكَ وَصْفًا يَضْبُطُ قِيمَتَهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٤)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]: يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٦)]: لَا يَجُوزُ.

[١٥٩١/...] وَإِذَا وَقَعَ النِّكَاحُ عَلَى هَذَا الْوَصْفِ عِنْدَ مَالِكٍ[(٧)]، كَانَ لَهَا الْوَسَطُ مِمَّا سَمَّى.

---

(١) في (م): «لبينه».

(٢) قال أبو يعلى بن الفراء: «الفعل كالقول في أنه يقتضي الإيجاب». «العدة» (٢/ ٤٧٨).

(٣) تقدم.

(٤) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة»، لابن عبد البر (٢/ ٥٥٢) حيث قال: «وقد يجوز عند مالك عقد النكاح بما لا يجوز بيعه، كالوصفاء المطلقين غير الموصوفين، مثل أن يقول: انكحوا على عبد أو على أمة أو على عبيد، ولا يصف شيئًا من ذلك: فيجوز عند مالك، ويرجع في ذلك إلى الغالب من رقيق البلد».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٨٣) حيث قال: «وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر، كما إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو جمل أو حمار أو ثوب مَرَوي أو هَرَوي: صحت التسمية».

(٦) قال الماوردي: «كذلك إذا أصدقها عبدًا وأطلق، لم يجز أن يحمل على عبدٍ وسط، كما لا يجوز أن يحمل على أعلى وأدنى». «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٩٥).

(٧) قال ابن عبد البر: «ويرجع في ذلك إلى الغالب من رقيق البلد؛ فإن اختلف رقيق البلد قضي بالأوسط منه». «الكافي» (٢/ ٥٥٢).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(١)]: يُجْبَرُ عَلَى الْقِيمَةِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ يَجْرِي النِّكَاحُ فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْبَيْعِ مِنَ الْقَصْدِ فِي التَّشَاحِّ[(٢)]، أَوْ لَيْسَ يَبْلُغُ ذَلِكَ الْمَبْلَغَ، بَلِ الْقَصْدُ مِنْهُ - أَكْثَرُ ذَلِكَ - الْمُكَارَمَةُ؟

فَمَنْ قَالَ: يَجْرِي فِي التَّشَاحِّ مَجْرَى الْبَيْعِ، قَالَ: كَمَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ عَلَى شَيْءٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ، كَذَلِكَ النِّكَاحُ لَا يَجُوزُ.

وَمَنْ قَالَ: لَيْسَ[(٣)] يَجْرِي مَجْرَاهُ؛ إِذِ الْمَقْصُودُ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ الْمُكَارَمَةُ، قَالَ: يَجُوزُ.

١٥٩٢ وَأَمَّا التَّأْجِيلُ: فَإِنَّ قَوْمًا لَمْ يُجِيزُوهُ أَصْلًا[(٤)].

وَقَوْمٌ أَجَازُوهُ، وَاسْتَحَبُّوا أَنْ يُقَدِّمَ شَيْئًا [ب/٢٤٣و] مِنْهُ إِذَا أَرَادَ الدُّخُولَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ[(٥)].

---

(١) قال الكاساني: «لو تزوجها على عبد فاستحق العبد: أنه يجب عليه قيمة العبد». «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٨).

(٢) تشاحَّ الرجلان على الأمر، إذا أراد كل واحدٍ منهما الفوز به ومنعه من صاحبه. انظر: «الصحاح»، للجوهري (١/ ٣٧٨).

(٣) ليست في (ب).

(٤) هو قول الحسن البصري والثوري. ينظر: «المعاني البديعة»، لجمال الدين الريمي (٢/ ٢٢٤) حيث قال: «إذا تزوجها على صداق بعضه عاجل وبعضه آجل، ولم يذكر أجلًا معلومًا: لم تصح التسمية ووجب لها مهر المثل. وعند الحسن البصري وحماد والثوري وأبي عُبَيد: ذلك جائز ويكون كله حالًّا».

(٥) قال القاضي عبد الوهاب: «ويجوز تعجيل المهر وتأجيله، ويستحب تقديم ربع دينار قبل الدخول». «التلقين» (ص٢٨٧).
مذهب الشافعية: «الحاوي الكبير»، للماوردي (٩/ ٤٠١) حيث قال: «ويجوز الصداق عينًا حاضرة، ودَينًا في الذمة: حالًّا، ومؤجلًا، ومنجمًا».
ومذهب الحنابلة: «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ١١) حيث قال: «وعلم منه أنه يصح جعل بعضه حالًّا، وبعضه مؤجلًا بموتٍ أو فراقٍ كما هو معتاد الآن».

وَالَّذِينَ أَجَازُوا التَّأْجِيلَ: مِنْهُمْ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ إِلَّا لِزَمَنٍ مَحْدُودٍ، وَقَدَّرَ هَذَا الْبُعْدَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ(١).

وَمِنْهُمْ مَنْ أَجَازَهُ لِمَوْتٍ أَوْ فِرَاقٍ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْأَوْزَاعِيِّ(٢).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ يُشْبِهُ النِّكَاحُ الْبَيْعَ فِي التَّأْجِيلِ أَوْ لَا يُشْبِهُهُ؟

فَمَنْ قَالَ: يُشْبِهُهُ [م/١٥٢و]، لَمْ يُجِزِ التَّأْجِيلَ (لِمَوْتٍ أَوْ فِرَاقٍ.

وَمَنْ قَالَ: لَا يُشْبِهُهُ، أَجَازَ ذَلِكَ.

وَمَنْ مَنَعَ التَّأْجِيلَ)(٣) فَلِكَوْنِهِ عِبَادَةً.

الْمَوْضِعُ الثَّانِي: فِي النَّظَرِ فِي التَّقَرُّرِ:

١٥٩٣ **وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الصَّدَاقَ يَجِبُ كُلُّهُ بِالدُّخُولِ أَوِ الْمَوْتِ(٤).

وَأَمَّا وُجُوبُهُ بِالدُّخُولِ: فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا﴾ [النساء: ٢٠] الْآيَةَ.

---

(١) «الذخيرة»، للقرافي (٤/٣٩٣) حيث قال: «يجوز في البعيد ما لم يتأخر وفي الجواهر كره مالك وأصحابه تأجيل بعض الصداق وجوَّزه ابن القاسم لأربع سنين وابن وهب لسنة، وقال ابن وهب: لا يفسخ إلا أن يزيد على عشرين سنة، وقال ابن القاسم: لا أفسخ إلا الأربعين وروي الستون، والمدرك أن الصداق قبالة الإباحة فلا ينبغي أن يتأخر عنها بخلاف الثمن في البيع».

(٢) في «الإشراف»، لابن المنذر (٥/٤٣) منسوب للشعبي والنخعي قال: «وفيه قول ثانٍ: وهو أن الآجل في ذلك في طلاق أو موت، كذلك قال الشعبي، والنخعي».

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) حكى الإجماع على ذلك: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/٤١٣)، والماوردي في «الحاوي» (١٢/١٧٣)، والكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/٥٢٠)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/١٨٧)، والنووي في «شرح مسلم» (١٠/١٠٣)، وابن جزي في «القوانين الفقهية» (ص٢٠١)، والبابرتي في «العناية على الهداية» (٣/٣٢٨)، وابن حجر في «فتح الباري» (٩/٥٥٠)، والعيني في «عمدة القاري» (٢٠/٣٠٠).

وَأَمَّا وُجُوبُهُ بِالْمَوْتِ: فَلَا أَعْلَمُ فِيهِ الْآنَ دَلِيلًا مَسْمُوعًا إِلَّا انْعِقَادَ الْإِجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ.

١٥٩٤ وَاخْتَلَفُوا هَلْ مِنْ شَرْطِ وُجُوبِهِ مَعَ الدُّخُولِ الْمَسِيسُ(١)، أَمْ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ، بَلْ يَجِبُ بِالدُّخُولِ وَالْخَلْوَةِ، وَهُوَ الَّذِي يَعْنُونَ بِإِرْخَاءِ السُّتُورِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَالشَّافِعِيُّ(٣) وَدَاوُدُ(٤): لَا يَجِبُ بِإِرْخَاءِ السُّتُورِ؛ إِلَّا نِصْفُ الْمَهْرِ مَا لَمْ يَكُنِ الْمَسِيسُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْخَلْوَةِ نَفْسِهَا(٥)؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْرِمًا، أَوْ مَرِيضًا، أَوْ صَائِمًا فِي رَمَضَانَ(٦)، أَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حَائِضًا.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى(٧): يَجِبُ الْمَهْرُ كُلُّهُ بِالدُّخُولِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي ذَلِكَ شَيْئًا.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي ذَلِكَ: مُعَارَضَةُ حُكْمِ الصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ لِظَاهِرِ الْكِتَابِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ نَصَّ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي الْمَدْخُولِ بِهَا الْمَنْكُوحَةِ، أنه لَيْسَ يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْ صَدَاقِهَا شَيْءٌ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١].

وَنَصَّ فِي الْمُطَلَّقَةِ قَبْلَ الْمَسِيسِ(٨): أَنَّ لَهَا [أ/ ٢٨٥و] نِصْفَ الصَّدَاقِ،

---

(١) المسيس: اللمس. وأصل اللمس باليد، ثم استعير للجماع؛ لأنه مستلزم للمس غالبًا. انظر: «المطلع على ألفاظ المقنع»، للبعلي (ص٤٢٢)، «الصحاح»، للجوهري (٣/ ٩٧٥).

(٢) «التهذيب في اختصار المدونة» (٢/ ٣٧٣).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٥٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٣٩٥).
وهو مذهب الحنابلة، «شرح منتهى الإرادات»، (٣/ ٢١).

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٤٣٦).

(٥) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١١٤ ـ ١١٧).

(٦) «حاشية ابن عابدبن» (٣/ ١١٦). (٧) «الاستذكار» (٥/ ٤١٣).

(٨) «المسيس»: المراد به: اللمس، عند الحنفية والحنابلة. =

فَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

١٥٩٥ وَهَذَا نَصٌّ كَمَا تَرَى فِي حُكْمِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ؛ أَعْنِي: قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَبَعْدَ الْمَسِيسِ. وَلَا وَسَطَ بَيْنَهُمَا، فَوَجَبَ بِهَذَا إِيجَابًا ظَاهِرًا أَنَّ الصَّدَاقَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْمَسِيسِ.

وَالْمَسِيسُ هَاهُنَا: الظَّاهِرُ مِنْ أَمْرِهِ أَنَّهُ الْجِمَاعُ.

[١٥٩٥/...] وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَصْلِهِ فِي اللُّغَةِ، وَهُوَ اللَّمْسُ.

وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ الَّذِي تَأَوَّلَتِ الصَّحَابَةُ.

وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ فِي امْرَأَةِ الْعِنِّينِ(١) الْمُؤَجَّلِ: إِنَّهُ قَدْ وَجَبَ لَهَا الصَّدَاقُ عَلَيْهِ إِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ لِطُولِ مُقَامِهِ مَعَهَا(٢) [ب/٢٤٣ظ]، فَجَعَلَ لَهُ دُونَ الْجِمَاعِ تَأْثِيرًا فِي إِيجَابِ الصَّدَاقِ.

١٥٩٦ وَأَمَّا الْأَحْكَامُ الْوَارِدَةُ فِي ذَلِكَ عَنِ الصَّحَابَةِ: فَهُوَ أَنَّ مَنْ أَغْلَقَ بَابًا، أَوْ أَرْخَى سِتْرًا فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الصَّدَاقُ، لَمْ يُخْتَلَفْ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ، فِيمَا حَكوا(٣).

١٥٩٧ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ، وَهُوَ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمَسِيسِ؛ أَعْنِي: الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْمَسِيسِ، وَذَلِكَ مِثْلَ أَنْ تَدَّعِيَ هِيَ الْمَسِيسَ، وَيُنْكِرَ هُوَ:

= أما عند المالكية والشافعية، فهو بمعنى الجماع.
انظر: «البحر الرائق»، لابن نجيم (٣/ ١٦٢)، «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ٢١).
وانظر: «التبصرة»، (١/ ١٨٨)، «الحاوي الكبير»، (٩/ ٥٤١، ٥٤٢).

(١) العنين: هو الذي لا يقدر على إتيان المرأة. انظر: «طلبة الطلبة»، للنسفي (ص٤٧).
(٢) «المدونة» (٢/ ١٨٥).
(٣) عن عمر، وعلي، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، ومعاذ. ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (٦/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٣/ ٥١٩ ـ ٥٢٠).

فَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ(١) أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ دُخُولَ بِنَاءٍ صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ دُخُولَ زِيَارَةٍ لَمْ تُصَدَّقْ(٢).

وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ بِكْرًا نَظَرَ إِلَيْهَا النِّسَاءُ(٣).

فَيَتَحَصَّلُ فِيهَا فِي الْمَذْهَبِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ(٤).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٥)، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ(٦): الْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ.

وَمَالِكٌ لَيْسَ يَعْتَبِرُ فِي وُجُوبِ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، بَلْ مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ أَقْوَى شُبْهَةً فِي الْأَكْثَرِ، وَلِذَلِكَ يَجْعَلُ الْقَوْلَ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ قَوْلَ الْمُدَّعِي(٧) إِذَا كَانَ أَقْوَى شُبْهَةً(٨).

وَهَذَا الْخِلَافُ يَرْجِعُ إِلَى: هَلْ إِيجَابُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ مُعَلَّلٌ(٩)

---

(١) «الشرح الكبير» (٢/ ٣٠١)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٨٤).

(٢) «المقدمات الممهدات» (١/ ٥٤٠). (٣) «المقدمات الممهدات» (١/ ٥٤٠).

(٤) وهناك قول رابع انظره في: «المقدمات الممهدات» (١/ ٥٤٠).

(٥) «مغني المحتاج» (٥/ ١٦٧)، «التهذيب»، للبغوي (٦/ ٢٤٨).

(٦) الذي وقفت عليه في «المحلى» (٩/ ٢٠٤): أنه حكى اختلافهم في المسألة، قال: «ثم اختلفوا، فقال أبو حنيفة: هذا إن صدقها، وأما إذا خالفها، فإن كانت بكرًا نظر إليها النساء، وإن كانت ثيبًا، فالقول قول الزوج، ولا يؤجل لها، ولا يفرق بينهما. وقال المالكيون: القول قوله مع يمينه إن ادعى أنه يطؤها، وقال الشافعي: القول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلفت هي، وفرق بينهما، وإن قال النساء: هي بكر حلفت - مع ذلك - وفرق بينهما، فإن نكلت حلف هو وبقيت معه».

(٧) في (م): «المدعي عليه». (٨) «الاستذكار» (٥/ ٤٣٥).

(٩) قال الخطيب البغدادي في «الفقيه والمتفقه» (١/ ٥٤٨): «التعبد من الله تعالى لعباده على معنيين: **أحدهما**: التعبد في الشيء ولا بعينه، لا لعلة معقولة، فما كان من هذا النوع لم يجز أن يقاس عليه، **والمعنى الثاني**: التعبد لعللٍ مقرونة به، وهي الأصول التي جعلها الله تعالى أعلامًا للفقهاء، فردوا إليها ما حدث من أمر دينهم، مما ليس فيه نصٌّ بالتشبيه والتمثيل عند تساوي العلل من الفروع بالأصول، وليس يجب أن يشارك الفرع الأصل في جميع المعاني، ولو كان ذلك واجبًا لكان الأصل هو الفرع، ولما كان يتهيأ قياسُ شيءٍ على غيره. =

أَوْ غَيْرُ مُعَلَّلٍ؟ وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي وُجُوبِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمُدَّعِي، وَسَيَأْتِي هَذَا فِي مَكَانِهِ.

[الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ فِي تشْطِيرِ المهر]:

الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ: فِي التَّشْطِيرِ.

١٥٩٨ **وَاتَّفَقُوا**[١] اتِّفَاقًا مُجْمَلًا: أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَقَدْ فَرَضَ صَدَاقًا - أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الْآيَةَ.

وَالنَّظَرُ فِي التَّشْطِيرِ فِي أُصُولٍ ثَلَاثَةٍ:

فِي مَحَلِّهِ مِنَ الْأَنْكِحَةِ.

وَفِي مُوجِبِهِ مِنْ أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ؛ أَعْنِي: الْوَاقِعَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَفِي حُكْمِ مَا يَعْرِضُ لَهُ مِنَ التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ.

١٥٩٩ أَمَّا مَحَلُّهُ مِنَ النِّكَاحِ عِنْدَ مَالِكٍ: فَهُوَ النِّكَاحُ الصَّحِيحُ[٢]؛ أَعْنِي: أَنْ يَكُونَ يَقَعُ الطَّلَاقُ الَّذِي قَبْلَ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ.

[١٥٩٩/...] وَأَمَّا النِّكَاحُ الْفَاسِدُ: فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْفُرْقَةُ فِيهِ فَسْخًا، وَطَلَّقَ قَبْلَ الْفَسْخِ - فَفِي ذَلِكَ قَوْلَانِ[٣].

= وإنما القياس: تشبيه الشيء بأقرب الأصول به شبهًا، ألا ترى أن الله تعالى حكم في الصيد بالمثل في النعم، وحكموا في النعامة بالبدنة، وإنما يتفقان في بعض المعاني، وكذلك الحكم بالقيم والأمثال في الأشياء المتلفة». اهـ.

(١) حكى الإجماع: ابن عبد البر «الاستذكار» (٥/ ٤٣٠)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٢٢).

(٢) قال أبو الحسن المالكي «(والمطلقة) التي سمَّى لها الزوج صداقًا جائزًا (قبل البناء) يجب (لها نصف الصداق) الذي سمَّاه لها إذا كان النكاح صحيحًا، لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧]». «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٨٧)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٣٥).

(٣) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٢/ ٢٤٢).

وَأَمَّا مُوجِبُ التَّشْطِيرِ:

هُوَ الطَّلَاقُ الَّذِي يَكُونُ بِاخْتِيَارٍ مِنَ الزَّوْجِ، لَا بِاخْتِيَارٍ مِنْهَا، مِثْلُ الطَّلَاقِ الَّذِي يَكُونُ مِنْ قِبَلِ قِيَامِهَا بِعَيْبٍ يُوجَدُ فِيهِ.

١٦٠٠ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الَّذِي يَكُونُ سَبَبُهُ قِيَامُهَا عَلَيْهِ بِالصَّدَاقِ أَوِ النَّفَقَةِ مَعَ عُسْرِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقِيَامِ بِالْعَيْبِ[١].

وَأَمَّا الْفُسُوخُ الَّتِي لَيْسَتْ طَلَاقًا:

١٦٠١ فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَيْسَتْ تُوجِبُ التَّشْطِيرَ إِذَا كَانَ فِيهَا الْفَسْخُ مِنْ قِبَلِ الْعَقْدِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الصَّدَاقِ[٢]، وَبِالْجُمْلَةِ مِنْ قِبَلِ عَدَمِ مُوجِبَاتِ الصِّحَّةِ، وَلَيْسَ لَهَا فِي ذَلِكَ اخْتِيَارٌ أَصْلًا.

١٦٠٢ وَأَمَّا الْفُسُوخُ الطَّارِئَةُ عَلَى الْعَقْدِ الصَّحِيحِ، مِثْلُ الرِّدَّةِ وَالرَّضَاعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ اخْتِيَارٌ، أَوْ كَانَ لَهَا دُونَهُ لَمْ يُوجِبِ التَّشْطِيرَ. وَإِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ اخْتِيَارٌ مِثْلُ الرِّدَّةِ أَوْجَبَ التَّشْطِيرَ[٣].

---

(١) مذهب الجمهور على أنه إن امتنع عن الإنفاق عليها، فإنها مخيرة بين الفسخ والصبر عليه، خلافًا للحنفية.
«البناية» (٥/ ٦٧١)، «العناية» (٤/ ٣٨٩).
«الشرح الكبير» (٢/ ٥١٨)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٩٦، ١ ٩٧).
«الإقناع» (٢/ ٤٨٧، ٤٨٨)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤/ ١٠٠).
«شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٢٣٧)، «الشرح الكبير على متن المقنع» (٩/ ٢٧٢).

(٢) «تبيين الحقائق» (٢/ ١٢٤)، «البحر الرائق» (٣/ ١٣٠).
«نهاية المحتاج» (٦/ ٢٧٢)، «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٤/ ١٧٨).
«شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨٠)، «كشاف القناع» (٥/ ١١٣).

(٣) قال العيني: «(وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) (ش): فيفسخ النكاح... : (لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا) (ش)؛ أي: من حيث الرضاع... (ثم إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) (ش)؛ أي: للكبيرة، سواء قصدت الفساد أو لا، ... (لأنَّ الفرقة جاءت من قِبَلها قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر؛ لأنَّ الفرقة وقعت لا من جهتها)». «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٧٥)، «العناية شرح الهداية» (٣/ ٤٥٧).
=

وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ أَهْلِ الظَّاهِرِ: أَنَّ كُلَّ طَلَاقٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَوَاجِبٌ أَنْ يَكُونَ فِيهِ التَّنْصِيفُ، سَوَاءٌ أَكَانَ مِنْ سَبَبِهَا أَوْ سَبَبِهِ[١]، وَأَنَّ مَا كَانَ فَسْخًا، وَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا ـ فَلَا تَنْصِيفَ فِيهِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ هَذِهِ السُّنَّةُ مَعْقُولَةُ الْمَعْنَى أَمْ لَيْسَتْ بِمَعْقُولَةٍ[٢]؟

= قال الدردير: «(وإن) (ادَّعاه) الزوج؛ أي: ادَّعى الرَّضاع بعد العقد وقبل البناء (فأنكرت) (أُخذ بإقراره) فيفسخ نكاحه (ولها النصف)؛ لأنه يتهم على أنه أقر ليفسخ بلا شيء (وإن) (ادعته فأنكر) (لم يندفع) النكاح عنها بالفسخ لاتهامها على قصد فراقه (ولا تقدر على طلب المهر قبله)؛ أي: قبل الدخول؛ أي: لا تمكن من طلب ذلك، وإن طلقت قبل الدخول فلا شيء لها لإقرارها بفساد العقد». «الشرح الكبير» (٢/ ٥٠٦)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٨١).

قال الشربيني: «(وإن ادَّعى) الزوج (رضاعًا) محرّمًا (فأنكرت) زوجته ذلك (انفسخ) النكاح وفرق بينهما، وإن كذبته المرأة التي نسب الإرضاع إليها مؤاخذة له بقوله (ولها المسمى) إن كان صحيحًا، وإلا فمهر المثل (إن وطئ) لاستقراره بالدخول (وإلا)؛ أي: وإن لم يطأ (فنصفه) لورود الفرقة منه ولا يقبل قوله عليها، وله تحليفها قبل دخول، وكذا بعده إن كان المسمَّى أكثر من مهر المثل، وإن نكلت حلف الزوج ولزمه مهر مثل فقط بعد أو وطء لا شيء لها عليه قبله». «مغني المحتاج» (٥/ ١٤٧). «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٩٨).

قال الحَجَّاوي: «ولو أقر الزوج بنسب أو رضاع أو غير ذلك من المفسدات قُبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف، فإن صدقته أو ثبت ببينة سقط. ولو وطئ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زنا انفسخ النكاح، ولها نصف الصداق. وكل فرقة جاءت من قبلها قبل الدخول كإسلامها وردَّتها أو إرضاعها من ينفسخ نكاحها برضاعه وارتضاعها وهي صغيرة وفسخها لعَيْبِه وبإعساره بمهر أو نفقة أو غيرهما أو لعتقها تحت عبد وفسخه لعيبها أو لفقد صفة شرطها فيها؛ فإنه يسقط به مهرها ومتعتها إن كانت مفوِّضة». «الإقناع» (٣/ ٢٢٠)، «الإنصاف» (٨/ ٢٧٩).

(١) «المحلى» (٩/ ٧٣).

(٢) قال الإمام العِزّ بن عبد السلام: «المشروعات ضربان:
أحدهما: ما ظهر لنا أنه جالب لمصلحة أو دارئ لمفسدة، أو جالب دارئ لمفسدة، أو جالب دارئ لمصلحة، ويعبر عنه: بأنه معقول المعنى.
الضرب الثاني: ما لم يظهر لنا جلبه لمصلحة أو درؤه لمفسدة، ويعبر عنه: بالتعبُّد». «قواعد الأحكام» (١/ ٢٢).

فَمَنْ قَالَ: إِنَّهَا مَعْقُولَةُ الْمَعْنَى، وَأَنَّهُ إِنَّمَا وَجَبَ لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ عِوَضَ مَا كَانَ لَهَا لِمَكَانِ الْجَبْرِ عَلَى رَدِّ سِلْعَتِهَا، وَأَخْذِ الثَّمَنِ كَالْحَالِ فِي الْمُشْتَرَى، فَلَمَّا فَارَقَ النِّكَاحُ فِي هَذَا الْمَعْنَى الْبَيْعَ، جَعَلَ لَهَا هَذَا عِوَضًا مِنْ ذَلِكَ الْحَقِّ - قَالَ: إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ مِنْ سَبَبِهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ؛ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ مَا كَانَ لَهَا مِنْ جَبْرِهِ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ وَقَبْضِ السِّلْعَةِ.

وَمَنْ قَالَ: إِنَّهَا سُنَّةٌ غَيْرُ مَعْقُولَةٍ، وَاتَّبَعَ ظَاهِرَ اللَّفْظِ - قَالَ: يَلْزَمُ التَّشْطِيرُ فِي كُلِّ طَلَاقٍ كَانَ مِنْ سَبَبِهِ أَوْ سَبَبِهَا.

١٦٠٣ فَأَمَّا حُكْمُ مَا يَعْرِضُ لِلصَّدَاقِ مِنَ التَّغَيُّرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ:

فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِنْ قِبَلِهَا أَوْ مِنَ اللهِ:

(١) فَمَا كَانَ مِنْ قِبَلِ اللهِ فَلَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ تَلَفًا لِلْكُلِّ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ نَقْصًا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ زِيَادَةً، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ زِيَادَةً وَنَقْصًا مَعًا.

(٢) وَمَا كَانَ مِنْ قِبَلِهَا:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُهَا فِيهِ بِتَفْوِيتٍ مِثْلِ الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ وَالْهِبَةِ، أَوْ يَكُونَ تَصَرُّفُهَا فِيهِ فِي مَنَافِعِهَا الْخَاصَّةِ بِهَا أَوْ فِيمَا تَتَجَهَّزُ بِهِ إِلَى زَوْجِهَا.

فَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُمَا فِي التَّلَفِ وَفِي الزِّيَادَةِ وَفِي النُّقْصَانِ شَرِيكَانِ[١].

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي النُّقْصَانِ وَالتَّلَفِ عَلَيْهَا بِالنِّصْفِ[٢]، وَلَا يَرْجِعُ بِنِصْفِ الزِّيَادَةِ[٣].

---

(١) «الشرح الكبير» (٢/٣١٨)، «التاج والإكليل» (٥/٢٠٦).

(٢) «فتح الوهاب»، لزكريا الأنصاري (٢/٧٠)، «حاشية البجيرمي على شرح المنهج» (٣/٤٢١).

(٣) «تحفة المحتاج»، للهيتمي (٧/٤٠٦)، «مغني المحتاج» (٤/٣٩٠)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/١٧)، «الإقناع» (٣/٢١٦).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ تَمْلِكُ الْمَرْأَةُ الصَّدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوِ الْمَوْتِ مِلْكًا مُسْتَقِرًّا أَوْ لَا تَمْلِكُهُ؟

فَمَنْ قَالَ: إِنَّهَا لَا تَمْلِكُهُ مِلْكًا مُسْتَقِرًّا ـ قَالَ: هُمَا فِيهِ شَرِيكَانِ، مَا لَمْ تَتَعَدَّ فَتُدْخِلَهُ فِي مَنَافِعِهَا(١).

وَمَنْ قَالَ: تَمْلِكُهُ مِلْكًا مُسْتَقِرًّا، وَالتَّشْطِيرُ حَقٌّ وَاجِبٌ تَعَيَّنَ عَلَيْهَا عِنْدَ الطَّلَاقِ وَبَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ ـ أَوْجَبَ الرُّجُوعَ عَلَيْهَا بِجَمِيعِ مَا ذَهَبَ عِنْدَهَا.

١٦٠٤ وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهَا إِذَا صَرَفَتْهُ فِي مَنَافِعِهَا ضَامِنَةٌ لِلنِّصْفِ(٢).

١٦٠٥ وَاخْتَلَفُوا إِذَا اشْتَرَتْ بِهِ مَا يُصْلِحُهَا لِلْجِهَازِ مِمَّا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ؛ هَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا اشْتَرَتْهُ، أَمْ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ الَّذِي هُوَ الثَّمَنُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا اشْتَرَتْهُ(٣).

---

(١) «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب» (٤/ ٢٢٠).
وهو مذهب الحنابلة. «الروايتين والوجهين» (٢/ ١١٩).

(٢) قال السرخسي: «ولو تزوجها على عبدٍ ودفعه إليها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقضي للزوج بنصفه عليها فلم يقبضه حتى اعور، أخذ نصفه وضمَّنها نصف العور». «المبسوط» (٦/ ٦٦)، «الأصل»، للشيباني (٤/ ٤٤٤).
قال الخِرَشي: «فإذا طلق قبل البناء وجب لكل نصفه؛ فإن كان بيد الزوجة ضمنت للزوج نصفه وبالعكس العكس».
انظر: «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٨٢)، «مواهب الجليل» (٣/ ٥٢١).
قال زكريا الأنصاري: «(فإن نقص) الصداق (في يدها بعد الطلاق ولو بلا عدوان: ضمنت)». «العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٣١٤).
قال الرحيباني: «(وإن نقص) المهر (في يدها بعد تنصُّفه؛ ضمنت نقصه) مطلقًا، سواء فرَّطت أو لا، وسواء طلبه ومنعته قبضه (أو لا)، متميزًا كان أو لا؛ لأنه وجب له نصف الصداق؛ فلم يدخل في ضمانه إلا بالقبض، وإذا لم يدخل في ضمانه: كان مضمونًا عليها، فتضمن نقصه وتلفه». «مطالب أولي النهى»، (٥/ ١٩٨)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٩).

(٣) «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٨٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٠٨، ٢٠٩).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢): يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الثَّمَنِ، الَّذِي هُوَ الصَّدَاقُ.

١٦٠٦ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ مَشْهُورٍ مُتَعَلِّقٍ بِالسَّمَاعِ، وَهُوَ: هَلْ لِلْأَبِ أَنْ يَعْفُوَ عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ فِي ابْنَتِهِ الْبِكْرِ - أَعْنِي: إِذَا طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلِلسَّيِّدِ فِي أَمَتِهِ(٣)؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٤): ذَلِكَ لَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥) وَالشَّافِعِيُّ(٦): لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ.

---

(١) «المحيط البرهاني» (٨/ ٨٢). (٢) «الحاوي الكبير» (٩/ ٤٣٣).

(٣) مذهب المالكية الجواز؛ «التاج والإكليل»، (٥/ ٢٢٥)، «المختصر الفقهي» (٤/ ٣٠).
قال الرُّوياني: «وتحريره قياسًا: أن من لم يملك العفو عن مهرها إذا كانت ثيبًا، لم يملكه إذا كانت بكرًا كالإخوة والأعمام طردًا، وكالسيد في أمته عكسًا». «بحر المذهب» (٩/ ٤٩٣)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٥١٦).
وهو المشهور في مذهب الحنابلة، «الإنصاف» (٨/ ٢٧٢)، «الممتع في شرح المقنع» (٣/ ٦٨٢).

(٤) قال الدَّرْدير: «(وجاز) (عفو أبي البِكر المجبَرة) كالثيب الصغيرة دون غيره (عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق)؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] لا قبل الطلاق؛ فلا يجوز عند مالك». «الشرح الكبير»، (٢/ ٣٢٧)، «منح الجليل» (٣/ ٥٠٠).

(٥) قال القدوري: «قال أصحابنا: الذي بيده عُقْدَة النكاح هو الزوج؛ فقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ يعني: النساء، يسقطن ما وجب لهن من نصف المهر، أو يعفو الزوج إذا كان سلَّم المهر إليها لا يرجع بشيء منه... ولا يقال للأب إذا أسقط مال ابنته: عفا، لأنَّ العفو يكون في مال الإنسان لا في مال غيره... ولأنه لا يقال للولي المُسقط لمال وليته: أنَّ ما فعله أقرب للتقوى». «التجريد» (٩/ ٤٦٨٥، ٤٦٨٦)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٤٠).

(٦) قال الشِّرْبيني: «(وليس لولي عفو عن صداق) لموليته (على الجديد) كسائر ديونها. والقديم له ذلك؛ بناءً على أنه الذي بيده عُقْدة النِّكاح، وحمله الجديد على الزوج، لتمكنه من رفعه بالفرقة، فيعفو عن حقه ليسلم لها كل المهر إذ لم يبق للولي بعد العقد عقدة. وللقديم شروط: وهي: أن يكون الولي أبًا أو جدًّا لمكان شفقتهما، =

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هُوَ الِاحْتِمَالُ الَّذِي فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وَذَلِكَ فِي لَفْظَةِ: «يَعْفُو»؛ فَإِنَّهَا تُقَالُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ(١):

مَرَّةً بِمَعْنَى يُسْقِطُ.

وَمَرَّةً بِمَعْنَى يَهَبُ.

وَفِي قَوْلِهِ: ﴿ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ عَلَى مَنْ يَعُودُ هَذَا الضَّمِيرُ: هَلْ عَلَى الْوَلِيِّ أَوْ عَلَى الزَّوْجِ؟

فَمَنْ قَالَ: عَلَى الزَّوْجِ ـ جَعَلَ «يَعْفُوَ»؛ بِمَعْنَى: يَهَبُ.

وَمَنْ قَالَ: عَلَى الْوَلِيِّ ـ جَعَلَ «يَعْفُوَ»؛ بِمَعْنَى: يُسْقِطُ(٢).

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: لِكُلِّ وَلِيٍّ أَنْ يَعْفُوَ عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ الْوَاجِبِ لِلْمَرْأَةِ(٣).

١٦٠٧ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَانِ الِاحْتِمَالَانِ اللَّذَانِ فِي الْآيَةِ عَلَى السَّوَاءِ، لَكِنَّ مَنْ جَعَلَهُ الزَّوْجَ فَلَمْ يُوجِبْ حُكْمًا زَائِدًا فِي الْآيَةِ؛ أَيْ: شَرْعًا زَائِدًا؛ لِأَنَّ جَوَازَ ذَلِكَ مَعْلُومٌ مِنْ ضَرُورَةِ الشَّرْعِ.

= وأن يكون قبل الدخول، وأن تكون بكرًا صغيرة عاقلة، وأن يكون بعد الطلاق، وأن يكون الصداق دَيْنًا في ذمَّة الزَّوج لم يقبض». «مغني المحتاج» (٤/ ٣٩٧)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٥).

ومذهب الحنابلة في مشهور المذهب. قال الحَجَّاوي: «ولا يملك الأب العفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة إذا طلقت ولو قبل الدخول، ولا الكبيرة ولا غيره من الأولياء». «الإقناع» (٣/ ٢١٨)، «الإنصاف» (٨/ ٢٧٢).

(١) ينظر: «القاموس المحيط» (١٣١٣).

(٢) «أحكام القرآن»، لابن العربي (١/ ٢٩٥).

(٣) قال ابن عبد البر: «وقال الليث بن سعد: لأبي البِكر أن يضع من صداقها عند عقد نكاحها، وإن كان تزوجها بأقلَّ من مهر مثلها، وإن كرهت، ويجوز ذلك عليها». «الاستذكار» (٥/ ٤٣٠).

وَمَنْ جَعَلَهُ الْوَلِيَّ؛ إِمَّا الأَبُ، وَإِمَّا غَيْرُهُ ـ فَقَدْ زَادَ شَرْعًا، فَلِذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِدَلِيلٍ يُبَيِّنُ بِهِ أَنَّ الآيَةَ أَظْهَرُ فِي الْوَلِيِّ مِنْهَا فِي الزَّوْجِ، وَذَلِكَ شَيْءٌ يَعْسُرُ.

وَالْجُمْهُورُ(١) عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ الصَّغِيرَةَ وَالْمَحْجُورَةَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَهَبَ مِنْ صَدَاقِهَا النِّصْفَ الْوَاجِبَ لَهَا.

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: يَجُوزُ أَنْ تَهَبَ، مَصِيرًا؛ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

١٦٠٨ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا وَهَبَتْ صَدَاقَهَا لِزَوْجِهَا، ثُمَّ طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ:

فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ(٢).

---

(١) قال ابن نُجَيم: «(قوله: وصحَّ حطُّها)؛ أي: حط المرأة من مهرها؛ لأنَّ المهر في حالة البقاء حقها، والحط يلاقيه حالة البقاء، أطلقه فشمل حط الكل أو البعض، وشمل ما إذا قبل الزوج أو لم يقبل بخلاف الزيادة... وقيد بحطِّها؛ لأنَّ حط أبيها غير صحيح، فإن كانت صغيرة فهو باطل، وإن كانت كبيرةً توقف على إجازتها». «البحر الرائق» (٣/ ١٦١)، «حاشية ابن عابدين» (رد المحتار) (٣/ ١١٣).

قال المواق: «وللمرأة إن كانت مالكة أمر نفسها ـ إسقاط لنصف الواجب لها مِن حقِّها عند طلاقها، ومثل ذلك يكون لمن يملك الإجبار في النكاح، كالأب في ابنته البكر أو الثيب الصغيرة أو السيد في أمته؛ وهو نصُّ قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾، يريد: الزوجات المالكات لأمورهن». «التاج والإكليل» (٥/ ٢٢٥). «شرح الزُّرْقاني على مختصر خليل» (٤/ ٦٨).

قال الماوردي: «قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: فأما أبو بِكْر وأبو المحجور عليه، فلا يجوز عفوهما، كما لا تجوز لهما هبة أموالهما». «الحاوي الكبير» (٩/ ٥١٣).

قال البهوتي: «(فأيهما)؛ أي: الزوجين (عفا لصاحبه عمَّا وجب له من المهر، وهو جائز الإبراء في ماله) بأن كان مكلفًا رشيدًا (برئ منه صاحبه، سواء كان المعفو عنه عينًا أو دَيْنًا)؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾». «كشاف القناع»، (٥/ ١٤٥)، «حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات» (٤/ ٤٤٣).

(٢) «الشرح الكبير» (٢/ ٣٢٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢١٨).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ(١).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ النِّصْفُ الْوَاجِبُ لِلزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ هُوَ فِي عَيْنِ الصَّدَاقِ، أَوْ فِي ذِمَّةِ الْمَرْأَةِ؟

فَمَنْ قَالَ: فِي عَيْنِ الصَّدَاقِ - قَالَ: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الصَّدَاقَ كُلَّهُ(٢).

وَمَنْ قَالَ: هُوَ فِي ذِمَّةِ الْمَرْأَةِ - قَالَ: يَرْجِعُ، وَإِنْ وَهَبَتْهُ لَهُ، كَمَا لَوْ وَهَبَتْ لَهُ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ مَالِهَا(٣).

وَفَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ الْقَبْضِ وَلَا قَبْضٍ، فَقَالَ: إِنْ قَبَضَتْ فَلَهُ النِّصْفُ، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ حَتَّى وَهَبَتْ فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ، كَأَنَّهُ رَأَى أَنَّ الْحَقَّ فِي الْعَيْنِ مَا لَمْ تَقْبِضْ، فَإِذَا قَبَضَتْ صَارَ فِي الذِّمَّةِ.

[الْمَوْضِعُ الرَّابِعُ فِي التَّفْوِيضِ فِي المهر]:

الْمَوْضِعُ الرَّابِعُ: فِي التَّفْوِيضِ.

١٦٠٩ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ نِكَاحَ التَّفْوِيضِ جَائِزٌ، وَهُوَ أَنْ يُعْقَدَ النِّكَاحُ دُونَ صَدَاقٍ(٥)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

١٦١٠ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِي مَوْضِعَيْنِ:

---

(١) «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٦٣)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٣).
(٢) «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٧٢٠).
(٣) «أسنى المطالب»، (٣/ ٢١٩).
ومشهور مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٥/ ١٤٦)، «الإقناع» (٣/ ٢١٨).
(٤) ينظر: «التجريد»، للقدوري (٩/ ٤٦٩١)، «درر الحكام» (١/ ٣٤٤).
(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٣)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٨٠)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ٣٥٢)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٤/ ٦٤٦).

أَحَدُهُمَا: إِذَا طَلَبَتِ الزَّوْجَةُ فَرْضَ الصَّدَاقِ، وَاخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ(١).

الْمَوْضِعُ الثَّانِي: إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَلَمْ يَفْرِضْ، هَلْ لَهَا صَدَاقٌ أَمْ لَا؟

١٦١١ **فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**، وَهِيَ إِذَا قَامَتِ الْمَرْأَةُ تَطْلُبُ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا مَهْرًا:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يَفْرِضُ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ فِي ذَلِكَ خِيَارٌ.

---

(١) قال القُدُوري: «ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعمَّاتها وبنات عمِّها، ولا يعتبر بأمِّها وخالتها إذا لم يكونا من قبيلتها، ويعتبر في مهر المثل: أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والعفة والمال والعقل والدين والبلد والعصر». «مختصر القدوري» (ص١٤٩)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٠٥).
قال الدَّرْدير: «(ومهر المثل ما)؛ أي: قدر من المال (يرغب به مثله)؛ أي: الزوج (فيها)؛ أي: الزوجة (باعتبار دِين)؛ أي: تديُّن من محافظة على أركان الدين؛ من صلاة وصوم وعفة وصيانة (وجمال) حِسِّي ومعنوي، كحسن خُلق (وحسب) وهو ما يعد من مفاخر الآباء؛ ككرم ومروءة وعلم وصلاح (ومال وبلد)، إذ هو يختلف باختلاف البلاد (وأخت شقيقة أو لأب) موافقة لها في الأوصاف المتقدمة». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٢٣)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٧٧).
قال زكريا الأنصاري: «ومهر المثل ما يرغب به في مثلها من عصباتها القربى فالقربى، فتقدم أخت لأبوين فلأب فبنت أخ فعمة كذلك، فإن تعذر معرفته فرحم: كجدة وخالة، ويعتبر ما يختلف به غرض كسن وعقل، فإن اختصت بفضل أو نقص فرض لائق وتعتبر مسامحة من واحدة لنقص نسب يفتر رغبة ومنهن لنحو عشيرة وفي وطء شبهة مهر مثل وقته ولا يتعدد بتعدده إن اتحدت ولم يؤد قبل تعدد وطء، بل يعتبر أعلى أحوال». «فتح الوهاب» (٢/ ٦٩)، «حاشية البجيرمي على شرح المنهج» (٣/ ٤١٥)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٩٣)، «مغني المحتاج» (٤/ ٣٨٠).
قال الحَجَّاوي: «ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها: كأختها وعمَّتها وبنت أخيها وبنت عمِّها وأمها وخالتها وغيرهن: القربى فالقربى، وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق، فإن لم يوجد إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها القربى فالقربى، وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها». «الإقناع» (٣/ ٢٢٤)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٢٥)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٢١٧)، «الفروع» (٨/ ٣٤٩).

فَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَ الْحُكْمِ فَمِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ قَالَ: لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَيْسَ لَهَا شَيْءٌ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْفَرْضِ لَمْ يَكُنْ فِي عُقْدَةِ النِّكَاحِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ(١).

وَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ(٢): الزَّوْجُ بَيْنَ خِيَارَاتٍ ثَلَاثٍ:

إِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ وَلَا يَفْرِضَ، وَإِمَّا أَنْ يَفْرِضَ مَا تَطْلُبُهُ الْمَرْأَةُ بِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَفْرِضَ صَدَاقَ الْمِثْلِ وَيُلْزِمَهَا.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ؛ أَعْنِي: بَيْنَ مَنْ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ لِلزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ بَعْدَ طَلَبِهَا الْفَرْضَ، وَمَنْ لَا يُوجِبُ ـ اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]، هَلْ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى الْعُمُومِ فِي سُقُوطِ الصَّدَاقِ، سَوَاءٌ أَكَانَ سَبَبُ الطَّلَاقِ اخْتِلَافَهُمْ فِي فَرْضِ الصَّدَاقِ، أَوْ لَمْ يَكُنِ الطَّلَاقُ سَبَبُهُ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ؟

وَأَيْضًا، فَهَلْ يُفْهَمُ مِنْ رَفْعِ الْجُنَاحِ عَنْ ذَلِكَ سُقُوطُ الْمَهْرِ فِي كُلِّ حَالٍ، أَوْ لَا يُفْهَمُ ذَلِكَ؟

فِيهِ احْتِمَالٌ.

وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ سُقُوطَهُ فِي كُلِّ حَالٍ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

[١٦١١/...] وَلَا **خِلَافَ أَعْلَمُهُ** فِي أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ ابْتِدَاءً أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَقَدْ كَانَ يَجِبُ عَلَى مَنْ أَوْجَبَ لَهَا الْمُتْعَةَ مَعَ شَطْرِ الصَّدَاقِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي نِكَاحِ غَيْرِ التَّفْوِيضِ، وَأَوْجَبَ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ فِي نِكَاحِ التَّفْوِيضِ ـ أَنْ يُوجِبَ لَهَا مَعَ الْمُتْعَةِ فِيهِ شَطْرَ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ لَمْ تَتَعَرَّضْ بِمَفْهُومِهَا؛

---

(١) «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٤٢، ١٤٣)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٩٩).
(٢) «الشرح الكبير» (٢/ ٣١٥)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٧٤).

لِإِسْقَاطِ الصَّدَاقِ فِي نِكَاحِ التَّفْوِيضِ؛ وَإِنَّمَا تَعَرَّضَتْ لِإِبَاحَةِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْفَرْضِ، فَإِنْ كَانَ يُوجِبُ نِكَاحُ التَّفْوِيضِ مَهْرَ الْمِثْلِ إِذَا طُلِبَ فَوَاجِبٌ أَنْ يَنْشَطِرَ إِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ، كَمَا يَنْشَطِرُ فِي الْمُسَمَّى، وَلِهَذَا قَالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ لَيْسَ يَلْزَمُ فِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ مَعَ خِيَارِ الزَّوْجِ.

١٦١٢ **وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ**: وَهِيَ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ تَسْمِيَةِ الصَّدَاقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَإِنَّ مَالِكًا وَأَصْحَابَهُ(١) وَالْأَوْزَاعِيَّ(٢) قَالُوا: لَيْسَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَهَا الْمُتْعَةُ وَالْمِيرَاثُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ وَالْمِيرَاثُ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ(٤)، وَدَاوُدُ(٥).

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ الْقَوْلَانِ جَمِيعًا(٦)، إِلَّا أَنَّ الْمَنْصُورَ عِنْدَ أَصْحَابِهِ - وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ(٧).

---

(١) «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٨٩)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٨٨).

(٢) «عيون المسائل» (ص٣٢٧).

(٣) «درر الحكام» (١/ ٣٤٢)، «الهداية» (١/ ٢٠٧).

(٤) قال الرحيباني: «(أو) يزوج (غير الأب) كأخ يزوج موليته (بإذنها بلا مهر) سواء سكت عن الصداق أو شرط نفيه، فيصح العقد، ويجب به مهر المثل؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]، ولحديث ابن مسعود: «أنه سئل عن المرأة التي يتزوجها رجلٌ، ولم يفرض لها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث» [مسلم: ١٥٠١]»، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٢١٧)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٢٥).

(٥) «الاستذكار» (٥/ ٤٢٦).

(٦) قال الجُوَيني: «إذا جرى تفويضٌ صحيح، ولم يجر مسيس ولا طلاق، حتى مات أحد الزوجين، ففي ثبوت مهر المثل قولان للشافعي وتردُّدٌ بيِّنٌ». «نهاية المطلب» (١٣/ ١٠٥).

(٧) القول بعدم ثبوت المهر بموت أحد الزوجين قبل الفرض والوطء هو قول العراقيين.
قال الجُوَيني: «أما العراقيون فقد استدُّوا، وجَرَوْا على المسلك المرتضى، وقَضَوْا =

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلْأَثَرِ.

أَمَّا الْأَثَرُ:

فَهُوَ مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَقَالَ: أَقُولُ فِيهَا بِرَأْيِي؛ فَإِنْ كَانَ صَوَابًا فَمِنَ اللهِ، وَإِنْ كَانَ خطأً فَمِنِّي: أَرَى لَهَا صَدَاقَ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهَا، وَلَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ.

فَقَامَ مَعْقِلُ بْنُ سِنَانٍ الْأَشْجَعِيُّ، فَقَالَ: أَشْهَدُ، لَقَضَيْتَ فِيهَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي بَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ(١).

خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(٢)، وَالنَّسَائِيُّ(٣)، وَالتِّرْمِذِيُّ، وَصَحَّحَهُ(٤).

= بأنَّ المفوضة لا تستحق بالعقد مهرًا؛ إذ لم يعرفوا قولًا آخر، وقطعوا بأنها تستحق المهر إذا مسَّها الزوج. قال الجويني: والقول الأول ـ أي: قول العراقيين ـ أفقه». «نهاية المطلب» (١٣/ ١٠٦، ١٠٧).

والذي عليه المتأخرون من الشافعية: أن لها الصداق. قال الشِّرْبيني: «(وإن مات أحدهما)؛ أي: الزوجين (قبلهما)؛ أي: الفرض والوطء (لم يجب مهر مثل، في الأظهر) كالطلاق (قلت: الأظهر وجوبه، والله أعلم)؛ لأنه كالوطء في تقرير المسمَّى، فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض، ولأنَّ بروع بنت واشق نكحت بلا مهر فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها وبالميراث». «مغني المحتاج» (٤/ ٣٨٣).

(١) قال النووي: هي (بِرْوَع) بباء موحدة مكسورة، ثم راء مهملة ساكنة، ثم واو مفتوحة، ثم عين مهملة، وأبوها: (واشق)، بالشين المعجمة المكسورة، وبالقاف، وهي كِلابية رواسية، وقيل: أشجعية، وكانت امرأة هلال بن مُرَّة. «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٣٣٢).

(٢) رواه أبو داود (٢١١٤). قال البيهقي في «الخلافيات» (٦/ ١٧٦): «هَذَا إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ، وَرُوَاتُهُ ثِقَاتٌ، وَمَعْقِلُ بْنُ سِنَانٍ صَحَابِيٌّ مَعْرُوفٌ».

(٣) في «المجتبى» (٣٣٥٨).

(٤) (برقم: ١١٤٥)، وقال: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، وقد رُوِيَ عنه من غيرِ وجهٍ.

قال ابن حَجَر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٩١): «صحَّحه ابن مهدي، والترمذي. =

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الْمُعَارِضُ لِهَذَا: فَهُوَ أَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ، فَلَمَّا لَمْ يُقْبَضِ الْمُعَوَّضُ لَمْ يَجِبِ الْعِوَضُ، قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ.

وَقَالَ الْمُزَنِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: إِنْ ثَبَتَ حَدِيثُ بَرْوَعَ، فَلَا حُجَّةَ فِي قَوْلِ أَحَدٍ مَعَ السُّنَّةِ(١)

وَالَّذِي قَالَهُ هُوَ الصَّوَابُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

[الْمَوْضِعُ الْخَامِسُ فِي الْأَصْدِقَةِ الْفَاسِدَةِ]:

١٦١٣ وَالصَّدَاقُ يَفْسُدُ إِمَّا لِعَيْنِهِ، وَإِمَّا لِصِفَةٍ فِيهِ مِنْ جَهْلٍ أَوْ عُذْرٍ. فَالَّذِي يَفْسُدُ لِعَيْنِهِ: فَمِثْلُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُتَمَلَّكَ(٢)

= وقال الشافعي: لا أحفظه من وجه يثبت مثله، ففيه اضطراب، فمرةً عن معقل بن سنان، ومرةً عن رجل من أشجع، ومرةً معقِل بن يسار. قال البيهقي: قد سمِّي فيه معقل بن سِنان، وهو صحابي مشهور، والاختلاف فيه لا يضرُّ، فإن جميعَ الرِّوايات فيه صحيحةٌ».

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٢٨٣ الأم).

(٢) قال الزَّيْلَعي: «(وأقله عشرة دراهم)؛ أي: أقل المهر عشرة دراهم، سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة؛ حتى يجوز وزن عشرة تِبْرًا، وإن كانت قيمته أقل، بخلاف نصاب السرقة». «تبيين الحقائق» (٢/ ١٣٦)، «البحر الرائق» (٣/ ١٥٢).

قال الدَّرْدير: «(وفسد) النكاح (إن نقص) صداقه (عن ربع دينار شرعي) (أو) عن (ثلاثة دراهم) فضة (خالصة) من الغش». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٠٢)، «منح الجليل» (٣/ ٤٣٥).

قال الهيتمي: «(وما صحَّ مبيعًا) يعني ثمنًا، إذ هو المشبه به الصداق، بأن وجدت فيه شروطه السابقة (صحَّ صداقًا) فتلغو تسمية غير متمول وما لا يقابل بمتمول كنواة وترك شفعة وحد قذف، بل وتسمية أقل متمول في مبعَّضة ومشتركة؛ إذ لا بد فيهما من تسمية ما يمكن قسمته بين المستحقين بأن يحصل لكلٍّ أقل متمول». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٧٦)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٣٥).

قال البهوتي «(ولا يتقدر) الصداق (فكل ما صح ثمنًا) في بيع (أو أجرة) في إجارة (صح مهرًا، وإن قلَّ) لحديث: «التمس، ولو خاتمًا من حديد»... (ولو على منفعة زوج أو) منفعة (حر غيره)؛ أي: الزوج (معلومة)؛ أي: المنفعة (مدة معلومة كرعاية =

وَالَّذِي يَفْسُدُ مِنْ قِبَلِ الْعُذْرِ وَالْجَهْلِ: فَالْأَصْلُ فِيهِ بِالْبُيُوعِ.

وَفِي ذَلِكَ خَمْسُ مَسَائِلَ مَشْهُورَةٍ:

١٦١٤ **الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**: إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا أَوْ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا(١)، أَوْ بَعِيرًا شَارِدًا(٢):

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْعَقْدُ صَحِيحٌ إِذَا وَقَعَ فِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ(٣).

وَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ(٤)

= غنمها مدة معلومة) (أو) على (عمل معلوم منه)؛ أي: الزوج (أو) من (غيره كخياطة ثوبها، ورد قنِّها)؛ أي: الزوجة (من محل معين)... (و) كأن يُصْدِقها (تعليمها)...». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٦)، «الفروع»، لابن مفلح (٨/ ٣١١).

(١) لأنَّ الرسول ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه. رواه البخاري (١٤٨٧)، ومسلم (١٥٣٦/ ٥٤).

(٢) (شَرَد) البعيرُ نَفَر، وبابه دخل. انظر: «مختار الصحاح»، للرازي (ص١٦٣).

(٣) قال القدوري: «وإن تزوج المسلم على خمر أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها». «مختصر القدوري» (ص١٤٧)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ٤٣).

وفي مذهب الشافعية: يجب لها مهر المثل أيضًا.

قال زكريا الأنصاري: «(لو نكحها بما لا يملكه)، كخمر... (وجب مهر مثل) لفساد الصداق بانتفاء كونه مالًا أو مملوكًا للزوج، سواء أكان جاهلًا بذلك أم عالمًا به، (أو نكحها به)؛ أي: بما لا يملكه، (وبغيره بطل فيه). أي: فيما لا يملكه، (فقط)؛ أي: دون غيره؛ عملًا بتفريق الصفقة (وتتخير) هي بين فسخ الصداق وإبقائه؛ (فإن فسخته فمهر مثل) يجب لها، (وإلا)؛ أي: وإن لم تفسخه (فلها مع المملوك حصة غيره منه)؛ أي: من مهر مثل (بحسب قيمتها)». «فتح الوهاب» (٢/ ٦٧)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٨٤).

قال البهوتي: «وإن تزوجها على خمر أو خنزير أو مال مغصوب صحَّ النكاح نصًا، وهو قول عامة الفقهاء؛ لأنه عقدٌ لا يفسد بجهالة العوض، فلا يفسد بتحريمه كالخُلع؛ ولأنَّ فساد العوض لا يزيد على عدمه، ولو عدم فالنكاح صحيح، فكذا إذا فسد (ووجب) للزوجة على زوجها (مهر المثل) لاقتضاء فساد العوض ردّ عوضه، وقد تعذر لصحة النكاح فوجب ردُّ قيمته وهي مهر المثل، وكما لو تلف المبيع بيعًا فاسدًا بيد مشتريه». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١١).

(٤) «الإشراف» (٢/ ٧١٤)، «كشاف القناع» (٥/ ١٣٥).

إِحْدَاهُمَا: فَسَادُ الْعَقْدِ وَفَسْخُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ[١].

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ إِنْ دَخَلَ ثَبَتَ، وَلَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ[٢].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ حُكْمُ النِّكَاحِ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْبَيْعِ، أَمْ لَيْسَ كَذَلِكَ؟

فَمَنْ قَالَ: حُكْمُهُ حُكْمُ الْبَيْعِ ـ قَالَ: يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِ الصَّدَاقِ، كَمَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ بِفَسَادِ الثَّمَنِ.

وَمَنْ قَالَ: لَيْسَ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ عَقْدِ النِّكَاحِ صِحَّةُ الصَّدَاقِ، بِدَلِيلِ أَنَّ ذِكْرَ الصَّدَاقِ لَيْسَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ ـ قَالَ: يَمْضِي النِّكَاحُ، وَيُصَحَّحُ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الدُّخُولِ وَعَدَمِهِ: ضَعِيفٌ.

وَالَّذِي تَقْتَضِيهِ أُصُولُ مَالِكٍ: أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَاقِ الْمُحَرَّمِ الْعَيْنِ، وَبَيْنَ الْمُحَرَّمِ لِصِفَةٍ فِيهِ، قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ، وَلَسْتُ أَذْكُرُ الْآنَ فِيهِ نَصًّا.

[١٦١٥] الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

وَاخْتَلَفُوا إِذَا اقْتَرَنَ بِالْمَهْرِ بَيْعٌ، مِثْلَ أَنْ تَدْفَعَ إِلَيْهِ عَبْدًا، وَيَدْفَعَ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَنِ الصَّدَاقِ وَعَنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، وَلَا يُسَمَّى الثَّمَنُ مِنَ الصَّدَاقِ:

فَمَنَعَهُ مَالِكٌ، وَابْنُ الْقَاسِمِ[٣]، وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ[٤].

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٤٦٦).

(٢) هذه الرواية هي مشهور المذهب. قال المواق: «(وما فسد لصداقه) فيها: من نكح على آبق أو شارد أو جنين في بطن أمه أو بزرع لم يبد صلاحه أو على دار فلان فسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل، وترد ما قبضت من آبق أو شارد وغيره». «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٨٢)، «الشرح الكبير» (٢/ ٢٣٨).

(٣) «التبصرة»، للخمي (٤/ ١٩١١).
والقول بالفسخ هو مشهور المذهب. «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٦٤)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٠٥).

(٤) لم أقف عليه.

وَأَجَازَهُ أَشْهَبُ(١) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ(٢)

وَفَرَّقَ عَبْدُ الملك، فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْبَاقِي بَعْدَ الْبَيْعِ رُبُعَ دِينَارٍ فَصَاعِدًا بِأَمْرٍ لَا يُشَكُّ فِيهِ جَازَ(٣)

وَاخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ:

فَمَرَّةً قَالَ: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَمَرَّةً قَالَ: فِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ(٤).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلِ النِّكَاحُ فِي ذَلِكَ شَبِيهٌ بِالْبَيْعِ أَمْ لَيْسَ بِشَبِيهٍ؟

فَمَنْ شَبَّهَهُ فِي ذَلِكَ بِالْبَيْعِ مَنَعَهُ.

وَمَنْ جَوَّزَ فِي النِّكَاحِ مِنَ الْجَهْلِ مَا لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ ـ قَالَ: يَجُوزُ.

---

(١) «أحكام القرآن»، لابن العربي (٣/ ٥٠٥).

(٢) قال ابن نُجَيم: «وإذا أوجب في عقدين كبعتك هذا وزوجتك هذه بألف فقبلهما جاز، وانقسم الألف على مهر مثل هذه وقيمة هذه، وإن قبل البيع وحده لا يجوز، وإن قبل النكاح وحده جاز بحصة مهر مثلها من الألف». «البحر الرائق»، (٥/ ٢٨٧).

ومذهب الحنابلة، قال البهوتي: «(وإن جمع بين نكاح وبيع فقال: زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح) كل من النكاح والبيع، وتقسيط الألف على مهر مثلها وقيمة الدار وتقدم في البيع». «كشاف القناع» (٥/ ١٣٢)، «الشرح الكبير على متن المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (٤/ ٣٩).

(٣) «التبصرة» (٤/ ١٩١١)، «أحكام القرآن» (٣/ ٥٠٥).

(٤) مشهور المذهب على صحة المهر والبيع.

قال الشربيني: «(ولو قال) شخص (زوجتك بنتي) فلانة (وبعتك ثوبها) هذا مثلًا وهو ولي مالها، أو أذنت له (بهذا العبد صحَّ النكاح) جزمًا، وفيه وجهٌ شاذٌّ بعدم الصحة (وكذا المهر والبيع في الأظهر)». «مغني المحتاج» (٤/ ٣٧٥)، «المجموع»، للنووي (٩/ ٣٨٨)، «العزيز شرح الوجيز»، للرافعي (٤/ ١٥٧).

١٦١٦ الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيمَنْ نَكَحَ امْرَأَةً، وَاشْتُرِطَ عَلَيْهِ فِي صَدَاقِهَا حِبَاءٌ[١] يُحَابِي بِهِ الْأَبَ:

عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: الشَّرْطُ لَازِمٌ، وَالصَّدَاقُ صَحِيحٌ[٢].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمَهْرُ فَاسِدٌ، وَلَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ[٣].

وَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ الشَّرْطُ عِنْدَ النِّكَاحِ فَهُوَ لِابْنَتِهِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهُ[٤].

---

(١) الحِباء: العطاء، ومنه: المحاباة في البيع. «المُغرب في ترتيب المُعرب»، للمطرزي (ص١٠٢).

(٢) قال ابن نُجَيم: «الأولى ضابطها: أن يسمي لها قدرًا ومهر مثلها أكثر منه، ويشترط منفعة لها أو لأبيها أو لذي رحم محرم منها؛ فإن وفى بما شرط فلها المسمَّى؛ لأنه صلح مهرًا، وقد تمَّ رضاها به، وإلا فمهر المثل؛ لأنه سمَّى ما لها فيه نفع؛ فعند فواته ينعدم رضاها بالمسمَّى فيكمل مهر مثلها». «البحر الرائق»، لابن نجيم (٣/ ١٧١).

قال البهوتي: «(ويصحُّ) أن يتزوج المرأة (على ألفٍ لها، وألفٍ لأبيها أو) على (أن الكل)؛ أي: كل الصداق (له)؛ أي: لأبيها (إن صح تملكه) من مال ولده». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٢)، «الإنصاف» (٨/ ٢٤٨).

(٣) قال الشربيني: «(ولو نكح) امرأة (بألف على أنَّ لأبيها) ألفًا (أو أن يعطيه ألفًا: فالمذهب فساد الصداق) في الصورتين؛ لأنه جعل بعض ما التزمه في مقابلة البُضْع لغير الزوجة (ووجوب مهر المثل) فيهما لفساد المسمَّى، والطريق الثاني فساده في الأولى دون الثانية؛ لأنَّ لفظ الإعطاء لا يقتضي أن يكون المعطى للأب». «مغني المحتاج»، (٤/ ٣٧٦)، «منهاج الطالبين»، للنووي (ص٢١٩).

(٤) قال الدَّرْدِير: «(ولها)؛ أي: وللزوجة إذا تشطر ما أهدي لوليها ونحوه (أخذها)؛ أي: الهدية (منه)؛ أي: من الولي ونحوه؛ أي: لها أخذ نصفها، وللزوج أخذ نصفها الآخر، وليس المراد أنها تأخذ الجميع، ثم يرجع الزوج عليها بنصفه إذ الإهداء لم يكن منها (بخلاف ما أهدي له)؛ أي: للولي ونحوه، (بعده)؛ أي: بعد العقد، فليس لها أخذه منه». «الشرح الصغير» (٢/ ٤٥٦)، «منح الجليل»، لعليش (٣/ ٤٨٠).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَشْبِيهُ النِّكَاحِ فِي ذَلِكَ بِالْبَيْعِ؛ فَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْوَكِيلِ يَبِيعُ السِّلْعَةَ، وَيَشْتَرِطُ لِنَفْسِهِ حِبَاءً ـ قَالَ: لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ كَمَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ.

وَمَنْ جَعَلَ النِّكَاحَ فِي ذَلِكَ مُخَالِفًا لِلْبَيْعِ قَالَ: يَجُوزُ.

وَأَمَّا تَفْرِيقُ مَالِكٍ: فَلِأَنَّهُ اتَّهَمَهُ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الَّذِي اشْتَرَطَهُ لِنَفْسِهِ نُقْصَانًا مِنْ صَدَاقِ مِثْلِهَا، وَلَمْ يَتَّهِمْهُ إِذَا كَانَ بَعْدَ انْعِقَادِ النِّكَاحِ وَالِاتِّفَاقِ عَلَى الصَّدَاقِ.

وَقَوْلُ مَالِكٍ هُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ(١)، وَالثَّوْرِيِّ(٢)، وَأَبِي عُبَيْدٍ(٣).

وَخَرَّجَ أَبُو دَاوُدَ(٤)، وَالنَّسَائِيُّ(٥)، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ(٦)، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ: «قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى حِبَاءٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ وَأُخْتُهُ**».

وَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ: مُخْتَلَفٌ فِيهِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ صَحِيفَةٌ(٧)، وَلَكِنَّهُ نَصٌّ فِي قَوْلِ مَالِكٍ.

---

(١) رواه عبد الرزاق (٦/ ٢٥٩)، أنَّ عمر بن عبد العزيز قال: «أيما امرأة نكحت على صداق، أو حباء، أو عدة، إذا كانت عقدة النكاح على ذلك: فهو لها من صداقها»، قال: «وما كان بعد ذلك من حباء فهو لمن أعطيه، فإن طلقها: فلها نصف ما أوجب عليه عقدة النكاح من صداق أو حباء».

(٢) «الاستذكار» (٥/ ٤٢٧).

(٣) «المُفْهِم»، لأبي العباس القرطبي (١٢/ ١٣٩).

(٤) أبو داود (٢١٢٩). (٥) النسائي (٣٣٥٣).

(٦) في «مصنفه» (٦/ ٢٥٧).

(٧) للإمام ابنِ دقيقِ العِيدِ بحثٌ نفيسٌ فِي «شرْحِ الإلمَامِ» قال (٤/ ١٣ وما بعدها):
«الكلامُ عَليهِ مِن طَرِيقَينِ:
أحدهما: فيما يتعلق بحالة نفسِهِ:

= والثناءُ عليه كَثيرٌ؛ روَى السَّاجي بإسنادِه إِلَى الأوزاعيِّ قال: ما رأيتُ قُرشيًا أكملَ من عمرو بنِ شُعيبٍ.
وقال النَّسائيُّ فِي التَّمييزِ: عمرو بنُ شُعيبٍ ليسَ به بأسٌ، روَى عنه الزُّهريُّ، وعمرو بنُ دينارٍ، ويحيَى بنُ سَعيدٍ، وأيوب.
وقال محمدُ بنُ إسماعيلَ الأَوْنبي: أخرجَ عن عمرو بنِ شُعيب ـ أبو داودَ وغيرُه، وهو ثقةٌ فِي نفسِه، روَى عنه جماعةٌ من الأئمَّةِ من التَّابعين وغيرِهم، وإنما تُكلِّم في روايتِه عن أبيهِ، عن جدِّه، وقد احتَجَّ به جماعةٌ من أئمَّةِ الحدِيثِ وحفَّاظِه، وثَّقَهُ يحيَى، وابنُ صالحٍ، وأبُو زُرعةَ، وغيرُهُم.
ذكرَ عباسٌ الدُّوريُّ عن ابنِ مَعينٍ أنَّهُ قال: عمرو بنُ شُعيبٍ، أبُو إبرَاهِيمَ، ثقةٌ.
ثمَّ قالَ: عمرو بنُ شُعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه، وهُو كِتَابٌ، وهو عمرو بنُ شعيبِ بن محمَّد بن عبد الله بن عمرو بنِ العَاص فيقولُ: أبي عَن جدِّي، فمَنْ هَاهُنا جاءَ ضعفُهُ، فإذا حدَّثَ عَن سعيدِ بنِ المسيبِ، أو عن سُليمانَ بنِ يسارٍ، أو عن عُروةَ، فهُو ثِقَةٌ عَن هَؤُلَاءِ؛ أو قَرِيبًا من هَذَا الكلَام قالَهُ يحيَى.
وقال ابنُ أبي حاتمٍ: سُئِلَ أبو زرعةَ عن عَمرو بنِ شُعيبٍ فقَالَ: مكيٌّ كأنَّهُ في نفسِه ثقةٌ، إنما تُكُلِّم فيه بسببِ كتابٍ عندَهُ.
وقال أيضًا: سئلَ أبي: عن عَمرو بنِ شُعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه أحبُّ إليكَ، أو بَهْز بنُ حكيمٍ، عن أبيه، عن جدِّه؛ فقال: عمرو بنُ شعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه أحبُّ إليَّ.
قلت: وقد روَى الترمذيُّ حديثَ عمرو بنِ شعيبٍ، عن طاوسٍ، عن ابنِ عمرَ: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: مَثَلُ الذي يُعطِي العَطِيةَ ثم يرجعُ فيها؛ كالكلبِ أكَلَ، حتَّى إذا شَبعَ قَاءَ، ثم عَادَ فرَجَعَ في قَيئِهِ.
وقال الترمذيُّ: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.
ثمَّ قالَ: قالَ الشَّافعيُّ: لا يحلُّ لمن وَهَبَ هِبةً أنْ يرجعَ فيها إلَّا الوالد؛ فإنه يرجعُ فيما أعطَى لولدِه، واحتَجَّ بهذا الحَديثِ.
فهذا الترمذيُّ قد صحَّحَ الحديثَ من روايتِه؛ أعني: من روايةِ عمرو بنِ شعيبٍ، وحكَى عن الشافعيِّ أنَّهُ احتَجَّ بهذا الحديثِ، وكلاهُما اعتمادٌ عليهِ.
وقال ابنُ أبي حاتمٍ: سئل يحيَى بنُ مَعينٍ عنه، فغضبَ؛ فقالَ: ما شأنهُ؟ روَى عنه الأئمَّةُ. وروَى مالكٌ، عن رجلٍ، عنهُ. =

= وعن يحيَى القطّان قال: هُو ثقةٌ يُحتجُّ به.
وقال الدَّارميُّ: هو ثقةٌ، روَى عنه الَّذِينَ نظرُوا في أحوالِ الرِّجالِ؛ كأيُّوبَ، والزُّهريِّ والحكمِ، قال: واحتَجَّ أصحابُنا بحدِيثِه.
وأمَّا بعد **ما ذُكِرَ من تصحيحِ القول فيه**؛ فقد رُوِيَ عن يحيىَ القطان فِي روايةٍ قال: هُو واهي الحديثِ.
وفِي رواية عن علي بن المَدِيني، عن يحيى: حديثُ عمرو بنِ شعيبٍ عندنا واهٍ.
وفِي رواية ابن أبي خيثمة، عن يحيى بن مَعين: سئلَ يحيَى بن معين عن حديثِ عمرو بنِ شعيبٍ فقالَ: ليسَ بذاكَ.
وقالَ ابنُ أبي حاتمٍ: سئلَ أبي عن عمرو بنِ شُعيب فقال: ليسَ بقويٍّ، يُكتَبُ حديثُه، وما روَى عنه الثقاتُ فيُذاكَرُ به.
وعن عبدِ الملكِ بن عبدِ الحميدِ الميموني: سمعتُ أحمدَ بنَ حنبلٍ يقولُ: عمرو بنُ شعيبٍ له أشياءُ مناكيرُ، وإنما يُكتبُ حديثُه ليُعتبَرَ به، فأمَّا أنْ يكونَ حجَّةً فَلا.
وعن أبي بكر بن الأثرم: سمعتُ أبا عبد الله أحمدَ بنَ حنبلٍ سُئِلَ عن عمرو بنِ شعيبٍ فقال: أنا أكتبُ حديثَهُ، ورُبَّما احتججنا به، ورُبَّما وَجَس في القلبِ منه، ومالكٌ يروي عن رجُلٍ، عنه.
الطرفُ الثَّانِي: فِي روايتِه عن أبيهِ، عن جدِّه.
وقد اختلفَتْ طرقُ النَّاسِ في ذلك؛ منهُم من يَحتجُّ بها، وقد ذكرنا ما حكَى البُخاريُّ في الاحتجاجِ بروايتِه عن أبيهِ، عن جدِّه، وأعلَى ما قيلَ في هَذا ما رُوي عن إسحاقِ بن راهَوَيهِ: أنهُ إذا كان الرَّاوي عن عمرٍو ثقةً، فهُو كمَالكٍ، عن نافعٍ، عن ابنِ عُمرَ.
وروَى بعضُهُم هذا اللَّفظَ فقالَ: وقال إسحاقُ بنُ راهَوَيهِ: عمرو بنُ شعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه، كأيُّوبَ، عن نافعٍ، عن ابنِ عُمرَ.
وقد أكثر الفُقهاءُ من الاحتجاجِ بروايِته عن أبيهِ، عن جدِّه، ومنهم أبو إسحاقَ الشِّيرازي في مُهذَّبه.
ومنهُم من يأبَى الاحتجَاجَ بها، فعنْ جريرٍ قال: كان مغيرةُ لا يعبأُ بصحيفةِ عمرو بنِ شُعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه.
وعن سفيان بن عُيَينة: حديثه عن أبيه، عن جدِّه عندَ النَّاسِ فيه شيءٌ.
وقال ابنُ عَديٍّ: روَى عنه أئمَّةُ الناسِ وثقاتُهم، ولكنَّ أحاديثَه عن أبيهِ عن جدِّه =

= مع احتمالِهِم إِيَّاهُ، لَمْ يدخلُوهَا في الصِّحاحِ.
واستمرَّ عملُ ابنِ حزمٍ علَى عدمِ الاحتجَاجِ بهذه الصَّحيفَةِ.
والذين أنكروا الاحتجَاج بها في مذهبهم **طَريقَان**:
أحدُهما: إنكارُ سماعِ شُعيبِ بنِ عبد الله بنِ عمرٍو، وأنَّه إنما سَمِعَ أبَاه محمدَ بنَ عبد الله بن عمرٍو، فتكونُ روايةُ عمرِو بنِ شعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه، عنِ النبيِّ ﷺ علَى هذا التقدير مُرسلةً.
والثَّانِي: أنَّها صحيفةٌ، لا سماعٌ، فعن أبي زُرعة: روَى عنه الثِّقاتُ، وإنما أنْكروا عليهِ كثرةَ روايتِهِ عن أبيه، عن جدِّه، وإنما سمعَ أحاديث كثيرَة، وأخذَ صحيفةً كانَتْ عندَه، فرَواها.
فأمَّا **الطريقُ الأوَّلُ**، وهُو الإرسالُ، فقَد ذكرنا ما رواهُ البخاريُّ مما يقتضي سماعَ شُعيبِ بنِ عبد الله بنِ عمرو.
وعنِ الدارقُطنيِّ وغيرِه من الأئمَّةِ: أنَّهُ أثبت سماعَ شعيبِ بنِ عبدِ الله.
وقال أبو بكر النَّيسابُوري: صحَّ سماعُ شُعيبٍ من جدِّه عبدِ الله.
وأما الطريق الثَّانِي، وهو كونه صحيفةً، فيطرقُهُ ما يُقَال في كتابِ عمرو بنِ حزمٍ من: أنَّ هذه الأمُورَ المأخُوذةَ عن النبيِّ ﷺ في الأصلِ مما يَعتني به أهلُ البيت الذين يُنسبُونَ إلَى الصَّحابيِّ؛ لأنَّهُ من مفاخرهم، وتقتضِي العَادةُ تداولهم لهُ، فتكون بمثابةِ السَّماعِ، وقد عُلِمَ أنَّ عبد الله بن عمرو يَكتبُ، وتقدَّم أنَّهُ سمَّى صحيفتَهُ: الصَّادقة، والظَّاهرُ في مثل هذا أنَّ أهلَ بيتِهِ يتداولون نقلَهَا، ويحتفظونَ بها.
ومنهُم من يقولُ: قولُهُ: عن جدِّه، يُحتمَلُ أنْ يُرادَ به جدُّه الأعلَى، وهو عبد الله بن عمرٍو، فيكُون مسندًا، ويحتمل أنْ يُرادَ جده الأدنَى وهُو محمَّد، فيكون مُرسلًا؛ لأنَّ محمدًا تابعِي، فقسمُوا القول بين أنْ يُقال: عن أبيه عن جدِّه عبد الله بن عمرو، وبين أن يَقتصرَ علَى قوله: عن جدِّه، فإنْ ذكرَ عبدَ الله بن عمرو احتُجَّ به؛ لسلامته من الإرسالِ، وإنْ لَمْ يذكرْ لَمْ يحتجَّ به؛ لاحتمال الإرسال.
واعلمْ أنَّهُ قد يُتَقَلَّبُ في الاحتجاجِ بهذه الصحيفةِ، فتارةً يَحتجُّ بها بعضُهم إذا وافقَ رأيَهُ، ويتركها إذا لَمْ توافقْ؛ إما بالإهمالِ لذكرها، أو بالطعنِ فيها علَى مذهب مَن يرَى ذلك، وهذا تصرفٌ رديءٌ شَنَّعَ به ابنُ حزم علَى الفاعلِ إذ يقول: إِنَّهُ يستحيلُ أنْ يكونَ الشيءُ حجةً في موضع، غيرَ حُجَّة في موضع آخر؛ هذا، أو معناه، أو قريب منه؛ وهو معذورٌ في أصل التشنيع. =

وَقَالَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: إِذَا رَوَتْهُ الثِّقَاتُ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ[١].

١٦١٧ **الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ:**

وَاخْتَلَفُوا فِي الصَّدَاقِ يُسْتَحَقُّ، أَوْ يُوجَدُ بِهِ عَيْبٌ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ: النِّكَاحُ ثَابِتٌ[٢].

= وقد أكثر الشيخ أبو إسحاق في المهذَّب، من الاستدلالِ برواية عمرو بن شعيب، عن أبيهِ، عن جدِّه.

وقال في اللمعِ في الأصُول: لا يجوزُ الاحتجاجُ بعمرو بنِ شعيبٍ، عن أبيهِ، عن جدِّه؛ لاحتمالِ أنَّ المرادَ جدُّه الأدنى، وهو محمَّد؛ فيكون مُرسلًا.

ونُقِلَ عن غيرِه من الشَّافعيةِ أيضًا: أنَّهُ لا يجوزُ الاحتجَاجُ به، وقد أُنْكِرَ علَى الشَّيخِ أبي إسحاقَ ما ذكرناهُ من التقلبِ.

وقالَ بعضُ المتأخِّرينَ: إنَّ الصَّحيحَ المختارَ صحَّةُ الاحتجَاج به، عن أبيهِ، عن جدِّه؛ كما قاله الأكثرون، فاختارَ في المهذَّب هذا المذهب المُختار، واللهُ أعلمُ.

وهذا الذي ذكره المتأخرُونَ لا يستمرُّ؛ فإن في هذه الرِّوايةِ، عن أبيهِ، عن جدِّه، ما لا يقوله أبو إسحاقَ ولا الشافعيُّ، ومُقتضَى كونه حجةً عندهم أنْ يُقَال به، فيحتاجون إلَى التقلب، وقد يجيبون عن هذا بطريق جدلي، وهُو أنْ يكونَ تركُ العمل به في بعضِ المواضع لقيام مُعارِضٍ منعَ من ذلك، ولا يلزمُ من ترك العمل لمُعارِض تركُ العمل لا لمُعارضٍ.

وقد يجيبون ابنَ حزم عن كلامه بهذا لكنَّه أمرٌ جدلي، ورُبَّما يعسر إثباتُ المعارض فيما يدَّعونه؛ فإنَّ في بعضِ تلك الروايات نصٌّ علَى بعض الأحكام لا يَحتمِلُ التأويلَ، أو يُستكرَهُ جدًّا تأويلُه بحيث يمتنعُ المصيرُ إليه.

وفيه وجهٌ آخرُ جدليٌّ قد يُعتَذَرُ به عن التقلب، تُرِكَ ذكرُهُ لأنْ لا يُتنبَّهَ به علَى إبطالِ حقٍّ، أو إثباتِ باطل، علَى أنَّ هذا التقلُّبَ قد ذُكِرَ قديمًا، فذكرَ ابنُ عديٍّ عن أبي دَاودَ: قالَ أحمدُ بنُ حنبلٍ: أصحابُ الحديثِ إذا شاؤُوا احتجُّوا بحديثِه عن أبيهِ عن جدِّه، وإذا شاؤوا تركُوه.

قلت: ليسَ هذا راجعًا إلَى مشيئةِ أحدٍ؛ وإنما يُرجَعُ في ذلكَ إلَى التوثيقِ والتَّضعيفِ، وإلَّا جاءَ الاضطرابُ، وتطرَّقت القالةُ إلَى الفَاعلِ».

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٢).

(٢) «البحر الرائق» (٣/ ١٧٦)، «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٢٩١).
«شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٥٥) - «منح الجليل» (٣/ ٤١٧).

[١٦١٧/...] وَاخْتَلَفُوا هَلْ تَرْجِعُ بِالْقِيمَةِ أَوْ بِالْمِثْلِ أَوْ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؟

وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ:

فَقَالَ مَرَّةً بِالْقِيمَةِ.

وَقَالَ مَرَّةً بِمَهْرِ الْمِثْلِ(١).

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ:

فَقِيلَ: تَرْجِعُ بِالْقِيمَةِ.

وَقِيلَ: تَرْجِعُ بِالْمِثْلِ.

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ اللَّخْمِيُّ: وَلَوْ قِيلَ: تَرْجِعُ بِالْأَقَلِّ مِنَ الْقِيمَةِ، أَوْ صَدَاقِ الْمِثْلِ ـ لَكَانَ ذَلِكَ وَجْهًا(٢).

وَشَذَّ سَحْنُونٌ فَقَالَ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ(٣).

وَمَبْنَى الْخِلَافِ هَلْ يُشْبِهُ النِّكَاحُ فِي ذَلِكَ الْبَيْعَ أَوْ لَا يُشْبِهُهُ؟

فَمَنْ شَبَّهَهُ قَالَ: يَنْفَسِخُ.

وَمَنْ لَمْ يُشَبِّهْهُ قَالَ: لَا يَنْفَسِخُ(٤).

١٦١٨ الْمَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ:

وَاخْتَلَفُوا فِي الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْمَرْأَةَ عَلَى أَنَّ الصَّدَاقَ أَلْفٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ زَوْجَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ فَالصَّدَاقُ أَلْفَانِ:

= «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٣٧)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٤٦١).
«المبدع في شرح المقنع»، لابن مفلح (٦/ ٢٠١)، «الشرح الكبير على المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (٢١/ ١٣٠).

(١) «الشرح الكبير»، للرافعي (١١/ ٤٤٩)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٠٠).

(٢) «التبصرة» (٤/ ١٩٢٣).

(٣) «التبصرة» (٤/ ١٩٢٢).

(٤) قال المواق: «قال ابن القاسم: إن تزوجها على عروض أو رقيق لها عدد، فاستحق منها شيء فمحمله من محمل البيوع؛ لأنَّ مالكًا قال: أشبه شيء بالبيوع النكاح. ابن يونس: هذا إذا استحق من ذلك جزء شائع وإلا ففرق بين البيوع والنكاح». «التاج والإكليل» (٥/ ١٧٣).

فَقَالَ الْجُمْهُورُ بِجَوَازِهِ(١)

[١٦١٨/أ] وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَاجِبِ فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ قَوْمٌ: الشَّرْطُ جَائِزٌ، وَلَهَا مِنَ الصَّدَاقِ بِحَسَبِ مَا اشْتَرَطَ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٢)، وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ(٣)، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَكُنْ لَهَا إِلَّا الْمُتْعَةَ.

---

(١) قال ابن نُجَيم: «إن كان أضدادها: فإن وفى بالشرط أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن الألف عند أبي حنيفة، وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده، فحاصله: أن الشرط الأول صحيح عنده والثاني فاسد». «البحر الرائق» (٣/ ١٧٣).

قال الدَّردير: «عقد (بألف) من الدراهم مثلًا (و) شرط عليه (إن كانت له زوجة فألفان) فيفسخ قبل للشك في قدر الصداق حال العقد؛ فأثر خللًا في الصداق ويثبت بعده بصداق المثل». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٠٦)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٩٢).

قال الرافعي: «وأما شرط الخيار في الصداق، ففي بطلان النكاح به قولان:

أحدهما: وينسب إلى القديم والإملاء أنه يبطل». «العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٢٥٥)، «المجموع»، للنووي (٩/ ١٩٢).

قال ابن النجار: «وعلى ألف إن لم تكن له زوجة أو إن لم يخرجها من دارها أو بلدها، وألفين إن كانت له زوجة أو أخرجها ونحوها صحَّ». «منتهى الإرادات» (٤/ ١٣٧)، «دقائق أولي النهى»، للبهوتي (٣/ ١٠).

(٢) قال الرافعي: «في صِحَّة المسمَّى **قولان**:

أحدهما: عن رواية ابن أبي هريرة وغيره أنه يصح؛ لأنَّ الصداق عقد يستقل بنفسه، والمقصود منه المال، فلا يفسد بشرط الخيار، كالبيع. **وأصحهما**: أنه يفسد، ويجب مهر المثل؛ لأنَّ الصداق لا يتمحض عوضًا؛ بل فيه معنى النِّحلة، فلا يليق به الخيار». «العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٢٥٥).

والذي عليه المذهب: أن لها مهر المثل. ينظر: «مغني المحتاج»، للشربيني (٢/ ٤٠٠)، قال: «(وفي البيع والصداق القولان) السابقان أظهرهما: صحتهما، ويوزع المسمَّى على قيمة المبيع ومهر المثل.

والثاني: بطلانهما، ويجب مهر المثل».

(٣) «الإشراف» (٥/ ٤٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): إِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ فَلَهَا أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ امْرَأَةٌ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْأَلْفَيْنِ، أَوْ أَقَلَّ مِنَ الْأَلْفِ.

[١٦١٨/ب] وَيَتَخَرَّجُ فِي هَذَا قَوْلٌ: إِنَّ النِّكَاحَ مَفْسُوخٌ لِمَكَانِ الْغَرَرِ(٢)، وَلَسْتُ أَذْكُرُ الْآنَ نَصًّا فِيهَا فِي الْمَذْهَبِ. فَهَذِهِ مَشْهُورُ مَسَائِلِهِمْ فِي هَذَا الْبَابِ، وَفُرُوعُهُ كَثِيرَةٌ.

١٦١٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا يُعْتَبَرُ بِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ إِذَا قُضِيَ بِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ وَمَا أَشْبَهَهَا، فَقَالَ مَالِكٌ(٣): يُعْتَبَرُ فِي جَمَالِهَا وَنِصَابِهَا وَمَالِهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَصَبَتِهَا فَقَطْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥): يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ نِسَاءُ قَرَابَتِهَا مِنَ الْعَصَبَةِ وَغَيْرِهِمْ.

وَمَبْنَى الْخِلَافِ:

هَلِ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْمَنْصِبِ فَقَطْ، أَوْ فِي الْمَنْصِبِ وَالْمَالِ وَالْجَمَالِ؛ لِقَوْلِهِ

---

(١) تقدم.

(٢) قال الحطَّاب: «يدخل في ذلك كل ما كان فيه غرر كالبعير الشارد والجنين والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية لا على القطع، قاله في التوضيح.
المشهور فيه: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل والفسخ بطلاق، للاختلاف فيه». «مواهب الجليل»، للحطاب (٣/ ٥٠٩).

(٣) «منح الجليل»، للشيخ عليش (٣/ ٤٦٨)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٢٠١).
ومذهب الحنابلة «الإقناع»، للحجاوي (٣/ ٢٢٤)، «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ٢٨).

(٤) قال الرَّملي: «(مهر المثل ما يرغب به) عادة (في مثلها) نسبًا وصفة، (وركنه الأعظم نسب) ولو في العجم كالعرب، كما هو ظاهر كلامه كالأكثرين، لأنَّ التفاخر إنما يقع به غالبًا فتختلف الرغبات به مطلقًا؛ خلافًا للقفال والعبادي، (فيراعى) من أقاربها لتقاس هي عليها (أقرب من تنسب) من نساء العَصَبة (إلى من تنسب هذه) التي تطلب معرفة مهرها (إليه) كأخت وعمَّة وبنت أخ لا جدة وخالة وأم؛ لقضائه ﷺ بمهر نساء لبِرْوَع» في الخبر المار». «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٥١)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٩٧).

(٥) «المختصر»، للقدوري (ص١٤٩)، «البحر الرائق» (٣/ ١٨٥).

ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا، وَجَمَالِهَا، وَحَسَبِهَا**»[(١)] الْحَدِيثَ.

[الْمَوْضِعُ السَّادِسُ فِي اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي الصَّدَاقِ]:

١٦٢٠ **وَاخْتِلَافُهُمَا** لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ فِي الْقَبْضِ أَوْ فِي الْقَدْرِ، أَوْ فِي الْجِنْسِ، أَوْ فِي الْوَقْتِ؛ أَعْنِي: وَقْتَ الْوُجُوبِ.

فَأَمَّا إِذَا **اخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ**: فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ مَثَلًا بِمِائَتَيْنِ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بِمِائَةٍ ـ فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا كَثِيرًا:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: إِنَّهُ إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَأَتَى الزَّوْجُ بِمَا يُشْبِهُ وَالْمَرْأَةُ بِمَا يُشْبِهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ.

---

(١) رواه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦).

(٢) قال المواق: «قال مالك مرة: يتحالفان ويتفاسخان. وقال مرة: القول قول من أتى بما يشبه دون الآخر، وهو أصوب؛ لأنَّ ذلك دليل له كالشاهد يحلف معه من قام له دليل». «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٢٣٣)، «التبصرة» (٥/ ١٩٨٥).

قال ابن نُجَيم: «قوله: وإن اختلفا في قدر المهر حكم مهر المثل)؛ أي: اختلف الزوجان في قدره بأن ادعى ألفًا، وهي ألفين، وليس لأحدهما بينة: فإنه يجعل مهر المثل حكمًا، فإن كان مهر المثل ألفًا أو أقل: فالقول قوله مع يمينه بالله ما تزوجتها على ألفين، فإن حلف: لزمه ما أقرَّ به تسمية، وإن نكل: لزمه ما ادَّعَت المرأة على أنه مسمًّى لإقراره أو بذله بالنكول». «البحر الرائق» (٣/ ١٩٣)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٥٦).

قال الشِّرْبيني: «إذا (اختلفا)؛ أي: الزوجان قبل وطء أو بعده مع بقاء الزوجية أو زوالها (في قدر مهر) مسمًّى، وكان ما يدعيه الزوج أقل كقوله: عقد بألف، فقالت: بل بألفين... (تحالفا) قياسًا على البيع؛ لأنَّ كل واحد منهما مدَّع ومدَّعى عليه، وكيفية اليمين ومن يبدأ به على ما في البيع، لكن يبدأ هنا بالزوج؛ لقوة جانبه بعد التحالف ببقاء البُضْع له». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٠٠)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٨).

قال الحَجَّاوي: «وإن اختلفا الزوجان أو ورثتهما أو الزوج وولي غير مكلفة في قدر الصداق أو عينه أو صفته أو جنسه أو ما يستقر به: فقول زوج أو وارثه بيمينه ولو لم يكن مهر مثل، وفي تسميته فقوله بيمينه ولها مهر مثل». «الإقناع»، للحَجَّاوي (٣/ ٢٢١ ـ ٢٢٢)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢١٨).

وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا، وَنَكَلَ(١) الْآخَرُ ـ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْحَالِفِ(٢).

وَإِنْ نَكَلَا جَمِيعًا: كَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا حَلَفَا جَمِيعًا.

وَمَنْ أَتَى بِمَا يُشْبِهُ مِنْهُمَا: كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ(٣).

وَإِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ بَعْدَ الدُّخُولِ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ(٤).

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ(٥)، وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَابْنُ شُبْرُمَةَ وَجَمَاعَةٌ(٦).

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ إِلَى مَهْرِ مِثْلِهَا، وَقَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا زَادَ عَلَى مَهْرِ مِثْلِهَا.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: إِذَا اخْتَلَفَا تَحَالَفَا، وَرُجِعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَمْ تَرَ الْفَسْخَ كَمَالِكٍ(٧)، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ(٨)، وَالثَّوْرِيِّ(٩)، وَجَمَاعَةٍ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى صَدَاقِ الْمِثْلِ دُونَ يَمِينٍ، مَا لَمْ يَكُنْ صَدَاقُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَتْ، وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَى هُوَ.

وَاخْتِلَافُهُمْ مَبْنِيٌّ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»(١٠)، هَلْ ذَلِكَ مُعَلَّلٌ أَوْ غَيْرُ مُعَلَّلٍ؟

---

(١) نكل عن اليمين: حاد عنه، والنكول عن اليمين: الامتناع منها. انظر: «العين»، للخليل (٥/ ٣٧٢).

(٢) قال عُلَّيش: «فإنْ حلف أحدهما ونكل الآخر قضي بقول الحالف». «منح الجليل» (٣/ ٥١٨).

(٣) «التاج والإكليل»، للمواق (٦/ ٤٧٠).

(٤) «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٢٣٣).

(٥) «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٢٣٣).

(٦) «الإشراف» (٥/ ٥٠).

(٧) تقدم.

(٨) «مغني المحتاج» (٤/ ٤٠٠)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٨).

(٩) «عيون المسائل»، للقاضي عبد الوهاب (ص٣٣٢).

(١٠) جزءٌ من حديث رواه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ٤٢٧)، وصحَّحه ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٤٥٠).

=

فَمَنْ قَالَ: مُعَلَّلٌ ـ قَالَ: يَحْلِفُ أَبَدًا أَقْوَاهُمَا شُبْهَةً، فَإِنِ اسْتَوَيَا تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا. وَمَنْ قَالَ: غَيْرُ مُعَلَّلٍ ـ قَالَ: يَحْلِفُ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّهَا تُقِرُّ لَهُ بِالنِّكَاحِ وَجِنْسِ الصَّدَاقِ، وَتَدَّعِي عَلَيْهِ قَدْرًا زَائِدًا، فَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ.

وَقِيلَ أَيْضًا: يَتَحَالَفَانِ أَبَدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعًى عَلَيْهِ[١]، وَذَلِكَ عِنْدَ مَنْ لَمْ يُرَاعِ الْأَشْبَاهَ، وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ فِي الْمَذْهَبِ[٢].

وَمَنْ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ـ رَأَى أَنَّهُمَا لَا يَسْتَوِيَانِ أَبَدًا فِي الدَّعْوَى، بَلْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا وَلَا بُدَّ أَقْوَى شُبْهَةً، وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَا يَخْلُو دَعْوَاهَا مِنْ أَنْ يَكُونَ فِيمَا يُعَادِلُ صَدَاقَ مِثْلِهَا فَمَا دُونَهُ، فَيَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا، أَوْ يَكُونَ فِيمَا فَوْقَ ذَلِكَ فَيَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ ـ مَالِكٍ[٣] وَالشَّافِعِيِّ[٤] ـ فِي التَّفَاسُخِ بَعْدَ التَّحَالُفِ

= وهو عند البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١١٧١)، بلفظ: «اليمين على المُدَّعَى عليه».

(١) «بحر المذهب»، للرُّوياني (٩/ ٤٧٤).

(٢) «الجامع لمسائل المدونة»، لابن يونس (٩/ ٢٥٠).

(٣) قال المواق: «فيتحالفان ويتفاسخان قبل الدخول ويثبت النكاح بعد الدخول، ولها صداق المثل ما لم يكن قدر ذلك فوق ما ادعته أو دون ما ادعى». «التاج والإكليل» (٥/ ٢٣٢).

(٤) قال الهيتمي: «(ثم) بعد التحالف (يفسخ المهر) المسمَّى؛ أي: يفسخه كلاهما أو أحدهما أو الحاكم، وينفذ باطنًا أيضًا من المُحِقِّ فقط لمصيره بالتحالف مجهولًا، ولا ينفسخ بالتحالف كالبيع (ويجب مهر مثل) وإن زاد على ما ادعته؛ لأنَّ التحالف يوجب رد البضع وهو متعذر فوجبت قيمته». «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٨)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٠٠).

ومعهم الحنفية والحنابلة، يرون أنه لا تأثير على العقد في هذا المقام، وإنما الخلاف كله في المُسمَّى بالمهر.

قال القُدوري: «وإن أقاما البينة فالبينة بيِّنة المرأة، وإن لم تكن لهما بينة: تحالفا عند أبي حنيفة، ولم يفسخ النكاح، ولكن يحكم بمهر المثل». «مختصر القدوري» (ص٢١٨)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٣/ ١٦٤).

«المبدع في شرح المقنع»، لابن مُفْلح (٦/ ٢١٩)، «الشرح الكبير على متن المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (٨/ ٦٩).

وَالرُّجُوعِ إِلَى صَدَاقِ الْمِثْلِ ـ هُوَ هَلْ يُشَبَّهُ النِّكَاحُ بِالْبَيْعِ فِي ذَلِكَ أَمْ لَيْسَ يُشَبَّهُ؟

فَمَنْ قَالَ: يُشَبَّهُ بِهِ ـ قَالَ بِالتَّفَاسُخِ.

وَمَنْ قَالَ: لَا يُشَبَّهُ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ ـ قَالَ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ بَعْدَ التَّحَالُفِ.

وَكَذَلِكَ مَنْ زَعَمَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُمَا بَعْدَ التَّحَالُفِ أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَى شَيْءٍ، وَلَا أَنْ يَرْجِعَ أَحَدُهُمَا إِلَى قَوْلِ الْآخَرِ وَيَرْضَى بِهِ[١]؛ فَهُوَ فِي غَايَةِ الضَّعْفِ.

وَمَنْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا: فَإِنَّمَا يُشَبِّهُ بِاللِّعَانِ.

[١٦٢٠/...] وَهُوَ تَشْبِيهٌ ضَعِيفٌ، مَعَ أَنَّ وُجُودَ هَذَا الْحُكْمِ لِلِّعَانِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ.

١٦٢١ وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْقَبْضِ:

فَقَالَتِ الزَّوْجَةُ: لَمْ أَقْبِضْ، وَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ قَبَضْتْ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]، وَالثَّوْرِيُّ[٣]، وَأَحْمَدُ[٤]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٥].

وَقَالَ مَالِكٌ[٦]: الْقَوْلُ قَوْلُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ[٧]: إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ مَالِكٌ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ بِالْمَدِينَةِ كَانَ

---

(١) «الشرح الصغير»، للصاوي (٣/ ٢٥٠).

(٢) «تحفة المحتاج» (٧/ ٤١٩)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٠١).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ٢٨٦).

(٤) قال الحَجَّاوي: «وإن اختلفا في قبض المهر فقولها». «الإقناع» (٣/ ٢٢٢).

(٥) «الإشراف» (٥/ ٥١).

(٦) قال الموَّاق: «إذا اختلفا في قبض معجَّل الصداق، فإن استقرت عادة صير إليها، وإلا فالقول قولها؛ إلا أن تكون مدخولًا بها: فالنصُّ أنه تقبل دعواه إلا فيما لم يحلَّ منه». «التاج والإكليل» (٥/ ٢٣٦).

(٧) «التاج والإكليل» للموَّاق (٥/ ٢٣٦).

عِنْدَهُمْ أَنْ لَا يَدْخُلَ الزَّوْجُ حَتَّى يَدْفَعَ الصَّدَاقَ، فَإِنْ كَانَ بَلَدٌ لَيْسَ فِيهِ هَذَا الْعُرْفُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا أَبَدًا.

[١٦٢١/...] وَالْقَوْلُ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا أَبَدًا ـ أَحْسَنُ؛ لِأَنَّهَا مُدَّعًى عَلَيْهَا.

وَلَكِنْ مَالِكٌ رَاعَى قُوَّةَ الشُّبْهَةِ الَّتِي لَهُ إِذَا دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ. وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ إِذَا طَالَ الدُّخُولُ؛ هَلْ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ بِيَمِينٍ أَوْ بِغَيْرِ يَمِينٍ أَحْسَنُ؟[١]

١٦٢٢ وَأَمَّا إِذَا اخْتُلِفَ فِي جِنْسِ الصَّدَاقِ، فَقَالَ هُوَ مَثَلًا: زَوَّجْتُكِ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ، وَقَالَتْ هِيَ: زَوَّجْتُكَ عَلَى هَذَا الثَّوْبِ:

فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ: أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ ثَبَتَ، وَكَانَ لَهَا صَدَاقُ مِثْلٍ مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَتْ أَوْ أَقَلَّ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ[٢].

وَقَالَ ابْنُ الْقَصَّارِ: يَتَحَالَفَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَ الدُّخُولِ[٣].

وَقَالَ أَصْبَغُ[٤]: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنْ كَانَ يُشْبِهُهُ، سَوَاءٌ أَشْبَهَ قَوْلَهَا

---

(١) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٤/ ٤٧٩).

(٢) قال الدَّرْدير: «حاصل فقه المسألة: أنهما إذا تنازعا في جنس الصداق قبل البناء فسخ مطلقًا حلفا أو أحدهما أو نكلا، أشبها أو أحدهما أو لم يشبها، وإن تنازعا فيه بعد البناء ردّ الزوج لصداق المثل ما لم يزد عن دعواها أو ينقص عن دعواه». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٣٣)، «الشرح الصغير»، للدردير (٢/ ٤٩٢).

(٣) «التبصرة» (٥/ ١٩٨٦).

(٤) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الأموي المصري، المالكي، ولد بعد الخمسين ومائة، طلب العلم وهو شاب كبير، ففاته مالك والليث، كان ثقة، صاحب سنَّة، وكان فقيه البلد ماهرًا في فقهه طويل اللسان حسن القياس، نظارًا من أفقه الطبقة وهو أجل أصحاب ابن وهب.
روى عن: عبد العزيز الدراوردي، وأسامة بن زيد بن أسلم، وأخيه؛ عبد الرحمٰن بن زيد. وحدَّث عنه: البخاري، وأحمد بن الحسن الترمذي، ويحيى بن معين. مات =

أَوْ لَمْ يُشْبِهْ[(١)].

فَإِنْ لَمْ يُشْبِهْ قَوْلُ الزَّوْجِ: فَإِنْ كَانَ قَوْلُهَا مُشْبِهًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَوْلُهَا مُشْبِهًا تَحَالَفَا، وَكَانَ لَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ.

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ[(٢)] فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِثْلُ قَوْلِهِ عِنْدَ اخْتِلَافِهِما فِي الْقَدْرِ؛ أَعْنِي: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَاجَعَانِ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَسَبَبُ قَوْلِ الْفُقَهَاءِ بِالتَّفَاسُخِ فِي الْبَيْعِ، سَتَعْرِفُ أَصْلَهُ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ، إِنْ شَاءَ اللهُ.

١٦٢٣ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي الْوَقْتِ:

= في شوال سنة خمس وعشرين ومائتين. «تذكرة الحفاظ»، للذهبي (٢/ ٣٥)، «الديباج المذهب»، لابن فَرْحون (١/ ٢٩٩).

(١) «التبصرة» (٥/ ١٩٨٧).

(٢) قال الشِّرْبيني: «اختلفا في قدر مهر أو صفته تحالفا، ويتحالف وارثاهما أو وارث واحد والآخر ثم يفسخ المهر، ويجب مهر مثل». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٠٠)، «النجم الوهاج»، للدميري (٧/ ٣٦٢).

قال ابن مُفْلح: «(وإن قال: تزوجتك على هذا العبد، قالت: بل على هذه الأمة خرج على الروايتين)؛ أي: إذا اختلفا في عينه أو صفته، فإن كان قيمة العبد مهر المثل أو أكثر منه، وقيمة الأمة دون ذلك ـ حلف الزوج، ولها قيمة العبد، وإن كان قيمة الأمة مهر المثل أو أقل، وقيمة العبد دون ذلك، فالقول قولها مع يمينها، وهل تجب الأمة أو قيمتها؟

فيه وجهان:

أحدهما: تجب عين الأمة؛ لأنه يقبل قولها في القدر، فكذا في العين.

والثاني: تجب لها قيمتها؛ لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لا في العين». «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢١٩)، «الإنصاف» (٢١/ ٢٣٨).

قال ابن نُجَيم: «إذا قال تزوجتك على عبد، فقالت على جارية، أو قال على كر شعير، فقالت على كر حنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينار أو كان في النوع كالتركي مع الرومي». «البحر الرائق» (٣/ ١٩٥). «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٣٠٧).

فَإِنَّهُ يُتَصَوَّرُ فِي الْكَالِئِ.

وَالَّذِي يَجِيءُ عَلَى أَصْلِ قَوْلِ مَالِكٍ فِيهِ فِي الْمَشْهُورِ عَنْهُ: أَنَّ الْقَوْلَ فِي الْأَجَلِ قَوْلُ الْغَارِمِ، قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ، وَفِيهِ خِلَافٌ.

١٦٢٤ وَيُتَصَوَّرُ أَيْضًا مَتَى يَجِبُ:

هَلْ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ؟

فَمَنْ شَبَّهَ النِّكَاحَ بِالْبُيُوعِ قَالَ: لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الدُّخُولِ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ؛ إِذْ لَا يَجِبُ الثَّمَنُ عَلَى الْمُشْتَرِي إِلَّا بَعْدَ قَبْضِ السِّلْعَةِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ الصَّدَاقَ عِبَادَةٌ يُشْتَرَطُ فِي الْحِلْيَةِ، قَالَ: يَجِبُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلِذَلِكَ اسْتَحَبَّ مَالِكٌ أَنْ يُقَدِّمَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ شَيْئًا مِنَ الصَّدَاقِ.

[الرُّكْنُ الثَّالِثُ]:

[الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي مَانِعِ النَّسَبِ]

الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ مَحَلِّ الْعَقْدِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ فَإِنَّهَا تَحِلُّ فِي الشَّرْعِ بِوَجْهَيْنِ: إِمَّا بِنِكَاحٍ، أَوْ بِمِلْكِ يَمِينٍ.

١٦٢٥ وَالْمَوَانِعُ الشَّرْعِيَّةُ بِالْجُمْلَةِ تَنْقَسِمُ أَوَّلًا إِلَى قِسْمَيْنِ:

[١] مَوَانِعَ مُؤَبَّدَةٍ، وَمَوَانِعَ غَيْرِ مُؤَبَّدَةٍ.

وَالْمَوَانِعُ الْمُؤَبَّدَةُ تَنْقَسِمُ إِلَى: مُتَّفَقٍ عَلَيْهَا، وَمُخْتَلَفٍ فِيهَا.

(أ) **فَالْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا** ثَلَاثٌ: نَسَبٌ، وَصِهْرٌ، وَرَضَاعٌ.

(ب) **وَالْمُخْتَلَفُ فِيهَا**: الزِّنَى، وَاللِّعَانُ.

[٢] وَغَيْرُ الْمُؤَبَّدَةِ تَنْقَسِمُ إِلَى تِسْعَةٍ:

أَحَدُهَا: مَانِعُ الْعَدَدِ.

وَالثَّانِي: مَانِعُ الْجَمْعِ.

وَالثَّالِثُ: مَانِعُ الرِّقِّ.

وَالرَّابِعُ: مَانِعُ الْكُفْرِ.

وَالْخَامِسُ: مَانِعُ الْإِحْرَامِ.

وَالسَّادِسُ: مَانِعُ الْمَرَضِ.

وَالسَّابِعُ: مَانِعُ الْعِدَّةِ عَلَى اخْتِلَافٍ فِي عَدَمِ تَأْبِيدِهِ.

وَالثَّامِنُ: مَانِعُ التَّطْلِيقِ ثَلَاثًا لِلْمُطَلِّقِ.

وَالتَّاسِعُ: مَانِعُ الزَّوْجِيَّةِ.

فَالْمَوَانِعُ الشَّرْعِيَّةُ بِالْجُمْلَةِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ مَانِعًا، فَفِي هَذَا الْبَابِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَصْلًا.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي مَانِعِ النَّسَبِ

١٦٣٦ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ النِّسَاءَ اللَّائِي يَحْرُمْنَ مِنْ قِبَلِ النَّسَبِ السَّبْعُ الْمَذْكُورَاتُ فِي الْقُرْآنِ:

الْأُمَّهَاتُ، وَالْبَنَاتُ، وَالْأَخَوَاتُ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَبَنَاتُ الْأَخِ، وَبَنَاتُ الْأُخْتِ.

١٦٣٧ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْأُمَّ هَا هُنَا اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى لَهَا عَلَيْكَ وِلَادَةٌ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ. وَالْبِنْتُ اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى لَكَ عَلَيْهَا وِلَادَةٌ مِنْ قِبَلِ الِابْنِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْبِنْتِ أَوْ مُبَاشَرَةً.

وَأَمَّا الْأُخْتُ: فَهِيَ اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى شَارَكَتْكَ فِي أَحَدِ أَصْلَيْكَ أَوْ مَجْمُوعَيْهِمَا؛ أَعْنِي: الْأَبَ أَوِ الْأُمَّ أَوْ كِلَيْهِمَا.

وَالْعَمَّةُ: اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى هِيَ أُخْتٌ لِأَبِيكَ، أَوْ لِكُلِّ ذَكَرٍ لَهُ عَلَيْكَ وِلَادَةٌ.

وَأَمَّا الْخَالَةُ: فَهِيَ اسْمٌ لِأُخْتِ أُمِّكَ، أَوْ أُخْتِ كُلِّ أُنْثَى لَهَا عَلَيْكَ وِلَادَةٌ. وَبَنَاتُ الْأَخِ اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى لِأَخِيكَ عَلَيْهَا وِلَادَةٌ مِنْ قِبَلِ أُمِّهَا أَوْ مِنْ قِبَلِ أَبِيهَا أَوْ مُبَاشَرَةً. وَبَنَاتُ الْأُخْتِ اسْمٌ لِكُلِّ أُنْثَى لِأُخْتِكَ عَلَيْهَا وِلَادَةٌ مُبَاشِرَةٌ، أَوْ مِنْ قِبَلِ أُمِّهَا، أَوْ مِنْ قِبَلِ أَبِيهَا.

فَهَؤُلَاءِ الْأَعْيَانُ السَّبْعُ مُحَرَّمَاتٌ، وَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ.

وَالْأَصْلُ فِيهَا قَوْله تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٣] إِلَى آخِرِ الْآيَةِ.

١٦٢٨ وأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ النَّسَبَ الَّذِي يُحَرِّمُ الْوَطْءَ بِنِكَاحٍ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ بِمِلْكِ الْيَمِينِ[1].

[الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْمُصَاهَرَةِ]

وَأَمَّا الْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ، فَإِنَّهُنَّ أَرْبَعٌ:

(أ) زَوْجَاتُ الْآبَاءِ:

وَالْأَصْلُ فِيهِ: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] الْآيَةَ.

(ب) وَزَوْجَاتُ الْأَبْنَاءِ.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(ج) وَأُمَّهَاتُ النِّسَاءِ ـ أَيْضًا:

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(د) وَبَنَاتُ الزَّوْجَاتِ:

وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

فَهَؤُلَاءِ الْأَرْبَعُ **اتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى تَحْرِيمِ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَهُوَ تَحْرِيمُ زَوْجَاتِ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ وَوَاحِدَةٍ بِالدُّخُولِ وَهِيَ ابْنَةُ الزَّوْجَةِ[2]

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٥٨)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ١٣)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٢٧ ـ ٥٢٨)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ١٠٠).

(٢) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٥٨)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» =

١٦٢٩ وَاخْتَلَفُوا مِنْهَا فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ مِنْ شَرْطِهَا أَنْ تَكُونَ فِي حِجْرِ الزَّوْجِ؟[1]

وَالثَّانِيَةُ: هَلْ تَحْرُمُ بِالْمُبَاشَرَةِ لِلْأُمِّ لِلَذَّةٍ أَوْ بِالْوَطْءِ؟

وَأَمَّا أُمُّ الزَّوْجَةِ:

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا هَلْ تَحْرُمُ بِالْوَطْءِ أَوْ بِالْعَقْدِ عَلَى الْبِنْتِ فَقَطْ؟

وَاخْتُلِفَ أَيْضًا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي مَسْأَلَةٍ رَابِعَةٍ، وَهِيَ: هَلْ يُوجِبُ الزِّنَى فِي هَذَا التَّحْرِيمِ مَا يُوجِبُهُ النِّكَاحُ الصَّحِيحُ أَوِ النِّكَاحُ بِشُبْهَةٍ؟

فَهُنَا أَرْبَعُ مَسَائِلَ:

١٦٣٠ **الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**: وَهِيَ هَلْ مِنْ شَرْطِ تَحْرِيمِ بِنْتِ الزَّوْجَةِ أَنْ تَكُونَ فِي حِجْرِ الزَّوْجِ أَمْ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ؟

= (ص١٢٢)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٥٧)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٤)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٩٩).

(١) قال ابن نُجيم: «وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة أو ذكر للتشنيع عليهم لا لتعلق الحكم به نحو أضعافًا مضاعفة في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]». «البحر الرائق» (٣/ ١٠٠)، «العناية شرح الهداية» (٣/ ٢١٠).

قال الشِّرْبيني: «(والربيبة إذا دخل بالأم) بعقد صحيح أو فاسد؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وذكر الحجور خرج مخرج الغالب: فلا مفهوم له». «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»، (٢/ ٤١٨)، «بحر المذهب»، للروياني (٩/ ٢٠٥). «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٣/ ٤٢٢).

قال العَدَوي: «وقوله: ﴿ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ خرج مخرج الغالب لا مفهوم له إجماعًا، فالربيبة تحرم على من دخل بأمها، وإن لم تكن في حجره». «حاشية العدوي» (٢/ ٥٧)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير، وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٥١).

قال البهوتي: «وأما قوله تعالى: ﴿ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم﴾، فقد خرج مخرج الغالب لا الشرط؛ فلا يصح التمسك بمفهومه». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٥٣)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٩٣).

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ التَّحْرِيمِ[(١)]

وَقَالَ دَاوُدُ[(٢)]: ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ.

وَمَبْنَى الْخِلَافِ: هَلْ قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء: ٢٣] وَصْفٌ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي الْحُرْمَةِ أَوْ لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ، وَإِنَّمَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْمَوْجُودِ الْأَكْثَرَ؟

فَمَنْ قَالَ: خَرَجَ مَخْرَجَ الْمَوْجُودِ الْأَكْثَرِ، وَلَيْسَ هُوَ شَرْطًا فِي الرَّبَائِبِ؛ إِذْ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الَّتِي فِي حِجْرِهِ أَوِ الَّتِي لَيْسَتْ فِي حِجْرِهِ ـ قَالَ: تَحْرُمُ الرَّبِيبَةُ بِإِطْلَاقٍ.

وَمَنْ جَعَلَهُ شَرْطًا غَيْرَ مَعْقُولِ الْمَعْنَى، قَالَ: لَا تَحْرُمُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ فِي حِجْرِهِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَأَمَّا هَلْ تَحْرُمُ الْبِنْتُ بِمُبَاشَرَةِ الْأُمِّ فَقَطْ أَوْ بِالْوَطْءِ؟

[١٦٣٠/أ] فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ حُرْمَتَهَا بِالْوَطْءِ[(٣)]

---

(١) قال ابن المنذر: «وأجمع أهل العلم عَلَى تحريم من ذكر الله في هذه الآية، فإذا نكح الْمَرْأَة ثم طلقها أو ماتت، فأمها حرام عليه دخل بالمرأة أو لم يدخل بها، وَلا يحرم عليه نكاح ابنتها إذا فارق الأم أو لم يكن دخل بها، وابنة الربيبة وابنة ابنتها حرام عليه إذا كَانَ دخل بالجدة». «الإقناع» (١/ ٣٠٥)، «المغني» (٧/ ١١١).

(٢) «المحلى» (٩/ ١٤٠)، «الحاوي» (٩/ ٢٨٧)، «شرح مسلم للنووي» (١٠/ ٢٣)، «المغني» (٩/ ٥١٦).

(٣) قال السرخسي: «فأما حرمة الربيبة ـ وهي بنت المرأة: لا تثبت الحرمة إلا بالدخول بالأم». «المبسوط» (٤/ ١٩٩)، «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٢٣).
قال ابن أبي زيد: «ولا تحرم عليه بناتها حتى يدخل بالأم». «الرسالة» (ص٩١)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٥٧).
قال الشافعي: «فإن دخل بالأم لم تحل له الابنة ولا ولدها وإن تسفل كل من ولدته». «الأم» (٥/ ١٦٠)، «نهاية المحتاج»، للرملي (٦/ ٢٧٥).
قال البهوتي: «(فإن مِتْنَ)؛ أي: نساؤه (قبل الدخول)؛ أي: الوطء لم تحرم بناتهن (أو أبانهنَّ) الزوج (بعد الخلوة وقبل الوطء لم تحرم البنات)؛ لأن الخلوة لا تسمَّى دخولًا (فلا يحرِّم الربيبة إلا الوطء) دون العقد والخلوة والمباشرة دون الفرج». «كشاف القناع» (٥/ ٧١)، «الإنصاف» (٨/ ١١٤).

[١٦٣٠/ب] **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا دُونَ الْوَطْءِ مِنَ اللَّمْسِ وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ لِشَهْوَةٍ أَوْ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ، هَلْ ذَلِكَ يُحَرِّمُ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالثَّوْرِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)وَالْأَوْزَاعِيُّ(٤)، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ(٥): إِنَّ اللَّمْسَ لِشَهْوَةٍ يُحَرِّمُ الْأُمَّ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ(٦)

وَقَالَ دَاوُدُ(٧)، وَالْمُزَنِيُّ(٨): لَا يُحَرِّمُهَا إِلَّا الْوَطْءُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، والْمُخْتَارُ عِنْدَهُ.

وَالنَّظَرُ عِنْدَ مَالِكٍ كَاللَّمْسِ إِذَا كَانَ نَظَرَ تَلَذُّذٍ إِلَى أَيِّ عُضْوٍ كَانَ.

وَفِيهِ عَنْهُ خِلَافٌ(٩). وَوَافَقَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(١٠) فِي النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ فَقَطْ.

وَحَمَلَ الثَّوْرِيُّ(١١) النَّظَرَ مَحْمَلَ اللَّمْسِ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ اللَّذَّةَ.

---

(١) قال أبو الحسن المالكي: «قال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله: هو التمتع من اللمس والقبلة، وجملة القول: أنَّ الجماع هو الأصل، وحُمل عليه اللمس؛ لأنه استمتاع مثله يحل بحلِّه، ويحرم بحرمه، ويدخل في عمومه». «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٥٨).
قال الحَجَّاوي: «قبل الوطء لم تحرم البنات فلا يحرم الربيبة إلا الوطء». «الإنصاف» (٨/ ١١٤).

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ١١٣).

(٣) «المبسوط» (٤/ ١٩٨)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٣).

(٤) «الإشراف» (٥/ ٩٧).

(٥) «الاستذكار» (٥/ ٤٩١).

(٦) «معرفة السُّنن والآثار» (١٠/ ١٠١).

(٧) «الاستذكار» (٥/ ٤٩١).

(٨) «الاستذكار» (٥/ ٤٩١).

(٩) قال القاضي عبد الوهَّاب: «وإنما قلنا: إن القبلة واللمس للذة يقومان مقام الوطء في التحريم خلافًا للشافعي، لأنه استمتاع بمباشرة كالوطء، فأما النظر للذة: ففيه اختلاف». «المعونة على مذهب عالم المدينة» (ص٨١٥).

(١٠) قال القُدُوري: «والنظر إلى الفرج لا يستباح إلا بملك أو ضرورة، ولذلك تعلَّق به التحريم». «التجريد» (٩/ ٤٤٦٥).

(١١) «الاستذكار» (٥/ ٤٩٢).

وَخَالَفَهُمْ فِي ذَلِكَ: ابْنُ أَبِي لَيْلَى[١]، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ[٢]، فَلَمْ يُوجِبْ فِي النَّظَرِ شَيْئًا، وَأَوْجَبَ فِي اللَّمْسِ.

وَمَبْنَى الْخِلَافِ: هَلِ الْمَفْهُومُ مِنَ اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] - الْوَطْءُ أَوِ التَّلَذُّذُ بِمَا دُونَ الْوَطْءِ؟

فَإِنْ كَانَ التَّلَذُّذُ: فَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ النَّظَرُ أَمْ لَا؟

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

١٦٣١ وَأَمَّا الْأُمُّ.

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ مِنْ كَافَّةِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ إِلَى أَنَّهَا تَحْرُمُ بِالْعَقْدِ عَلَى الْبِنْتِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ[٣].

وَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى أَنَّ الْأُمَّ لَا تَحْرُمُ إِلَّا بِالدُّخُولِ عَلَى الْبِنْتِ، كَالْحَالِ فِي الْبِنْتِ؛ أَعْنِي: أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ إِلَّا بِالدُّخُولِ عَلَى الْأُمِّ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ[٤]، وَابْنِ عَبَّاسٍ[٥] رضي الله عنهما مِنْ طُرُقٍ ضَعِيفَةٍ.

وَمَبْنَى الْخِلَافِ:

هَلِ الشَّرْطُ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ - يَعُودُ إِلَى أَقْرَبِ مَذْكُورٍ، وَهُمُ الرَّبَائِبُ فَقَطْ أَوْ إِلَى الرَّبَائِبِ وَالْأُمَّهَاتِ الْمَذْكُورَاتِ قَبْلَ الرَّبَائِبِ، فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]؟

فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ يَعُودُ عَلَى

---

(١) «معرفة السُّنن والآثار» (١٠/ ١٠١). (٢) تقدم.

(٣) «البحر الرائق» (٣/ ٢٤٧)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٨٦).
«شرح مختصر خليل»، للخرشي (٣/ ٢٠٨)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٦).
«بحر المذهب»، للروياني (٩/ ١٩٦)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٠٠).
«الإقناع»، للحجاوي (٣/ ١٨١)، «الإنصاف» (٨/ ١١٤).

(٤) «الإشراف» (٥/ ٩٥). (٥) «الإشراف» (٥/ ٩٥).

الْأُمَّهَاتِ وَالْبَنَاتِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَقْرَبِ مَذْكُورٍ وَهُمُ الْبَنَاتُ.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لِلْجُمْهُورِ: مَا رَوَى الْمُثَنَّى بْنُ الصَّبَّاحِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا**»[(١)].

١٦٣٢ وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ:

فَاخْتَلَفُوا فِي الزِّنَى؛ هَلْ يُوجِبُ مِنَ التَّحْرِيمِ فِي هَؤُلَاءِ مَا يُوجِبُ الْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ؛ أَعْنِي: الَّذِي يُدْرَأُ فِيهِ الْحَدُّ؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]: الزِّنَى بِالْمَرْأَةِ لَا يُحَرِّمُ نِكَاحَ أُمِّهَا وَلَا ابْنَتِهَا، وَلَا نِكَاحَ أَبِي الزَّانِي لَهَا وَلَا ابْنِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٤)]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[(٥)]: يُحَرِّمُ الزِّنَى مَا يُحَرِّمُ النِّكَاحُ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَفِي الْمُوَطَّأِ[(٦)] عَنْهُ، مِثْلَ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ[(٧)]: إِنَّهُ لَا يُحَرِّمُ.

وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٨)]، مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ[(٩)]: أَنَّهُ يُحَرِّمُ.

---

(١) أخرجه الترمذي (١١١٧)، وقال: «هذا حديثٌ لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لَهِيعة، والمثنى بن الصبَّاح، عن عمرو بن شُعَيب.
والمُثَنَّى بن الصَّبَّاح، وابن لهيعة يضعفان في الحديث».

(٢) «المجموع»، للنووي (١٦/ ٢١٩)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٢١٤).

(٣) قال ابن نُجَيم: «قوله والزنا واللمس والنظر بشهوة يوجب حرمة المصاهرة». «البحر الرائق» (٣/ ١٠٥)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٦).

(٤) ينظر: «الإشراف» (٥/ ١٠٤).

(٥) ينظر: «اختلاف العلماء»، للمروزي (ص٣٢٥).

(٦) «الموطأ»، لمالك (٢/ ٥٣٣).

(٧) تقدم.

(٨) قال العدوي: «[قوله: فأكثر الشيوخ رجَّح ما في الموطأ]، وهو المعتمد؛ لأن كل أصحاب مالك عليه خلا ابن القاسم [قوله: وأفتى بالتحريم إلى أن مات]». «حاشية العدوي» (٢/ ٦١).

(٩) تقدم قوله.

وَقَالَ سَحْنُونٌ[(١)]: أَصْحَابُ مَالِكٍ يُخَالِفُونَ ابْنَ الْقَاسِمِ فِيهَا، وَيَذْهَبُونَ إِلَى مَا فِي الْمُوَطَّأِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ اللَّيْثِ[(٢)]: أَنَّ الْوَطْءَ بِشُبْهَةٍ لَا يُحَرِّمُ، وَهُوَ شَاذٌّ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ الِاشْتِرَاكُ فِي اسْمِ النِّكَاحِ؛ أَعْنِي: فِي دَلَالَتِهِ عَلَى الْمَعْنَى الشَّرْعِيِّ وَاللُّغَوِيِّ.

فَمَنْ رَاعَى الدَّلَالَةَ اللُّغَوِيَّةَ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢] ـ قَالَ: يُحَرِّمُ الزِّنَى.

وَمَنْ رَاعَى الدَّلَالَةَ الشَّرْعِيَّةَ قَالَ: لَا يُحَرِّمُ الزِّنَى.

وَمَنْ عَلَّلَ هَذَا الْحُكْمَ بِالْحُرْمَةِ الَّتِي بَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ، وَبَيْنَ الْأَبِ وَالِابْنِ ـ قَالَ: يُحَرِّمُ الزِّنَى أَيْضًا. وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالنَّسَبِ قَالَ: لَا يُحَرِّمُ؛ لِإِجْمَاعِ الْأَكْثَرِ عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يَلْحَقُ بِالزِّنَى.

[١٦٣٢/أ] وَاتَّفَقُوا[(٣)] ـ فِيمَا حَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ، عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ بِمِلْكِ الْيَمِينِ يُحَرِّمُ مِنْهُ مَا يُحَرِّمُ الْوَطْءُ بِالنِّكَاحِ.

[١٦٣٢/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي تَأْثِيرِ الْمُبَاشَرَةِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ، كَمَا اخْتَلَفُوا فِي النِّكَاحِ.

---

(١) قال النفراوي: «قال سَحنون: وأصحاب مالك كلهم عليه لم يختلفوا فيه، إلا ابن القاسم؛ فإنه روى في «المدونة»: أنَّ مَن زنى بأم امرأته؛ فإنه يفارقها». «الفواكه الدواني» (٢/ ١٩).

(٢) «التبصرة» (٥/ ٢٠٧٥، ٢٠٧٦).

(٣) «المقدمات الممهدات» (١/ ٤٦٥)، «التفريع» (١/ ٣٨٩).
«روضة الطالبين» (٧/ ١١٩)، «حاشية الشرواني على تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٢).

[الْفَصْلُ الثَّالِثُ فِي مَانِعِ[1] الرَّضَاعِ]

١٦٣٣ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الرَّضَاعَ بِالْجُمْلَةِ يَحْرُمُ مِنْهُ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ؛ أَعْنِي: أَنَّ الْمُرْضِعَةَ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْأُمِّ، فَتَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضَعِ هِيَ وَكُلُّ مَنْ يَحْرُمُ عَلَى الِابْنِ مِنْ قِبَلِ أُمِّ النَّسَبِ[2][3].

---

(١) المانع: ما يلزم من وجوده عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. انظر: «روضة الناظر»، لابن قدامة (١/ ١٨١).

(٢) حكى الإجماع: ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧٠ ـ ١٧١)، والماوردي في «الحاوي» (١٤/ ١٥٤)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ٣١٧)، والنووي في «شرح مسلم» (١٠/ ١٧)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٤/ ٢٨).

(٣) قال ابن مودود: «وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه)، فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر، فلا يجوز أن يتزوج شيئًا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا، وآباؤها أجداده وأمهاتها جداته من قبل الأم. وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته». «الاختيار» (٣/ ١١٨)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢).

قال الدَّرْدِير: «فأمك من الرضاع من أرضعتك أو أرضعت من له عليك ولادة وأمهاتها، وأختك من رضعت معك على امرأة، وكل بنت ولدتها مرضعتك أو فحلها المنسوب له ذلك اللبن وبنتك كل من أرضعته زوجتك بلبنك أو أرضعتها بنتك من نسب أو رضاع، وأخوات الفحل عمَّاتك وأخوات المرضع خالاتك، وبنات الأخ من أرضعته زوجة أخيك بلبنه وبنات الأخت من أرضعته أختك ومثل النسب الصهر». «الشرح الكبير» (٢/ ٥٠٤)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٨).

قال زكريا الأنصاري: «(**السبب الثاني**: الرضاع، ويحرم به ما يحرم بالنسب) للآية، ولخبر الصحيحين. (فمرضعتك ومرضعة أبيك من الرَّضاع ومرضعاتها)؛ أي: ومرضعات مرضعتك ومرضعة أبيك من الرضاع (ومرضعات من ولدك) بواسطة أو بغيرها (أمهات) من الرضاع وكذا كل من ولدت مرضعتك أو ذا لبنها». «أسنى المطالب» (٣/ ١٤٩)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٨٩).

قال البهوتي: «(و) صار (هو)؛ أي: الطفل (ولدهما) فيما ذكر (و) صار (أولاده)؛ أي: الطفل (وإن سفلوا أولاد ولدهما) وهو الطفل. (و) صار (أولاد كل منهما)؛ أي: المرضعة والواطئ المذكور (من الآخر أو) من (غيره) كأن تزوجت المرضعة بغيره فصار لها منه أولاد وتزوج الواطئ بغيرها وصار له منها أولاد (فالذكور منهم =

١٦٣٤ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ كَثِيرَةٍ، الْقَوَاعِدُ مِنْهَا تِسْعٌ:

إِحْدَاهَا: فِي مِقْدَارِ الْمُحَرِّمِ مِنَ اللَّبَنِ.

وَالثَّانِيَةُ: فِي سِنِّ الرَّضَاعِ.

وَالثَّالِثَةُ: فِي حِلِّ الْمُرْضِعِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ عِنْدَ مَنْ يَشْتَرِطُ لِلرَّضَاعِ الْمُحَرِّمِ وَقْتًا خَاصًّا.

وَالرَّابِعَةُ: هَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ وُصُولُهُ بِرَضَاعٍ وَالْتِقَامِ الثَّدْيِ أَوْ لَا يُعْتَبَرُ؟

وَالْخَامِسَةُ: هَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْمُخَالَطَةُ أَمْ لَا يُعْتَبَرُ؟

وَالسَّادِسَةُ: هَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْوُصُولُ مِنَ الْحَلْقِ أَوْ لَا يُعْتَبَرُ؟

وَالسَّابِعَةُ: هَلْ يُنَزَّلُ صَاحِبُ اللَّبَنِ ـ أَعْنِي: الزَّوْجَ ـ مِنَ الْمُرْضِعِ مَنْزِلَةَ أَبٍ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمُّونَهُ لَبَنَ الْفَحْلِ أَمْ لَيْسَ يُنَزَّلُ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ أَبٍ؟

وَالثَّامِنَةُ: الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّضَاعِ.

وَالتَّاسِعَةُ: صِفَةُ الْمُرْضِعَةِ.

١٦٣٥ **الْمَسْأَلَةُ الأُولَى**:

أَمَّا مِقْدَارُ الْمُحَرِّمِ مِنَ اللَّبَنِ: فَإِنَّ قَوْمًا قَالُوا فِيهِ بِعَدَمِ التَّحْدِيدِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ(١).

= يصيرون إخوته، والبنات أخواته. و) يصير (آباؤهما)؛ أي: أبا المرضعة والواطئ المذكور (أجداده)؛ أي: الطفل (و) أمهاتهما (جداته. و) صار (أخواتهما وإخوانهما)؛ أي: إخوة المرضعة وأخواتها وإخوة الواطئ وأخواته (أعمامه وأخواله وخالاته)؛ لأنَّ ذلك كله فرع ثبوت الأمومة والأبوة». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٢١٣)، «المغني» (٧/ ١١٣).

(١) قال النفراوي: «(وكل ما وصل) ولو مع الشك.. (إلى جوف الرضيع في) داخل (الحولين من اللبن) ولو خلط بغير طالب عليه، .. (فإنه يحرم) مثل ما حرمه النسب. (وإن) كان الواصل إلى جوف الرضيع (مصة واحدة) على قول أكثر أهل العلم». «الفواكه الدواني» (٢/ ٥٤)، «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٢).

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ[١]، وَابْنِ مَسْعُودٍ[٢]، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ[٣] وَهَؤُلَاءِ يُحَرِّمُ عِنْدَهُمْ أَيُّ قَدْرٍ كَانَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٤]، وَالثَّوْرِيُّ[٥]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٦].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ بِتَحْدِيدِ الْقَدْرِ الْمُحَرِّمِ:

وَهَؤُلَاءِ انْقَسَمُوا إِلَى ثَلَاثِ فِرَقٍ:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ، وَتُحَرِّمُ الثَّلَاثُ رَضَعَاتٍ فَمَا فَوْقَهَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ، وَأَبُو ثَوْرٍ[٧].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الْمُحَرِّمُ خَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٨].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ[٩].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: مُعَارَضَةُ عُمُومِ الْكِتَابِ لِلْأَحَادِيثِ الْوَارِدَةِ فِي التَّحْدِيدِ، وَمُعَارَضَةُ الْأَحَادِيثِ فِي ذَلِكَ بَعْضُهَا بَعْضًا.

فَأَمَّا عُمُومُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] الْآيَةَ، وَهَذَا يَقْتَضِي مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْإِرْضَاعِ.

---

(١) «الأوسط» (٨/ ٥٥٠).

(٢) رواه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٩)، عن علي، وابن مسعود، قالا في الرضاع: «يحرم قليله وكثيره».

(٣) «الأوسط» (٨/ ٥٥٠).

(٤) «مجمع الأنهر»، لشيخي زاده (١/ ٣٧٥)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٨٥).

(٥) «الأوسط» (٨/ ٥٥٠).

(٦) «الأوسط» (٨/ ٥٥١).

(٧) «الأوسط» (٨/ ٥٥٢).
وهي الرواية الأخرى للحنابلة «المغني» (٨/ ١٧٢).

(٨) «أسنى المطالب»، لزكريا الأنصاري (٣/ ٤١٧). «نهاية المحتاج»، للرملي (٧/ ١٧٦).
وهي أظهر الروايات للحنابلة. «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ٢١٥)، «المغني» (٨/ ١٧١).

(٩) «الأوسط» (٨/ ٥٥٤)، «المغني» (٨/ ١٧٢).

وَالْأَحَادِيثُ الْمُتَعَارِضَةُ فِي ذَلِكَ رَاجِعَةٌ إِلَى حَدِيثَيْنِ فِي الْمَعْنَى:

أَحَدُهُمَا: حَدِيثُ عَائِشَةَ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ، أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ، أَوِ الرَّضْعَةُ وَالرَّضْعَتَانِ**»؛ خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ، مِنْ طَرِيقِ عَائِشَةَ[1]، وَمِنْ طَرِيقِ أُمِّ الْفَضْلِ[2]، وَمِنْ طَرِيقٍ ثَالِثٍ، وَفِيهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَا تُحَرِّمُ الْإِمْلَاجَةُ وَلَا الْإِمْلَاجَتَانِ**»[3].

وَالْحَدِيثُ الثَّانِي: حَدِيثُ سَهْلَةَ، فِي سَالِمٍ[4]، أَنَّهُ قَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: «**أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ**»[5].

وَحَدِيثُ عَائِشَةَ، فِي هَذَا الْمَعْنَى أَيْضًا، قَالَتْ: «كَانَ فِيمَا نَزَلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ. فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُنَّ مِمَّا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ»[6].

فَمَنْ رَجَّحَ ظَاهِرَ الْقُرْآنِ عَلَى هَذِهِ الْأَحَادِيثِ، قَالَ: «**تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَالْمَصَّتَانِ**».

وَمَنْ جَعَلَ الْأَحَادِيثَ مُفَسِّرَةً لِلْآيَةِ، وَجَمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْآيَةِ، وَرَجَّحَ مَفْهُومَ دَلِيلِ الْخِطَابِ فِي قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ**» عَلَى مَفْهُومِ دَلِيلِ الْخِطَابِ[7]، فِي حَدِيثِ سَالِمٍ ـ قَالَ: الثَّلَاثَةُ فَمَا فَوْقَهَا هِيَ الَّتِي

---

(١) رواه مسلم (١٤٥٠). (٢) رواه مسلم (١٤٥١).

(٣) رواه مسلم (١٤٥١).

(٤) هو: الصحابي البدري: سالم مولى أبي حذيفة، وهو سالم بن معقِل، كان مولى لامرأة من الأنصاري قال لها: ليلى بن تيعار، وكان يلزم أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة؛ فعُرف به. كانت كنيته أبا عبد الله، قتل يوم اليمامة سنة ثنتي عشرة، في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه. «مشاهير علماء الأمصار»، لابن حبان (ص٤٦).

(٥) رواه عبد الرزاق (١٣٨٨٧)، وعنه: أحمد (٢٥٦٥٠)، من حديث عائشة. وإسناده صحيحٌ.

(٦) رواه مسلم (١٤٥٢/ ٢٤).

(٧) قال الآمدي: «مفهوم المخالفة: فهو ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت، مخالفًا لمدلوله في محل النطق، ويسمى دليل الخطاب أيضًا». «الإحكام»، للآمدي (٣/ ٦٩).

تُحَرِّمُ، وَذَلِكَ أَنَّ دَلِيلَ الْخِطَابِ فِي قَوْلِهِ: «**لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ**» - يَقْتَضِي أَنَّ مَا فَوْقَهَا يُحَرِّمُ، وَدَلِيلُ الْخِطَابِ فِي قَوْلِهِ: «**أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ**» - يَقْتَضِي أَنَّ مَا دُونَهَا لَا يُحَرِّمُ. وَالنَّظَرُ فِي تَرْجِيحِ أَحَدِ دَلِيلَيِ الْخِطَابِ.

١٦٣٦ **الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:**

وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الرَّضَاعَ يُحَرِّمُ فِي الْحَوْلَيْنِ(١).

١٦٣٧ وَاخْتَلَفُوا فِي رَضَاعِ الْكَبِيرِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤) وَكَافَّةُ الْفُقَهَاءِ: لَا يُحَرِّمُ رَضَاعُ الْكَبِيرِ.

---

(١) قال ابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٧): «واتفقوا على أنَّ التحريم بالرَّضاع يثبت في سنتين».
وحكى الإجماع على ذلك أيضًا: وابن القطان فِي «الإقناع» (٢/ ١٥).
ذهب ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢١٠)، إلى أنَّ التحريم في الرضاع لا يتقيد بالحولين، فمتى وقع الرضاع وقع التحريم، وهو اختيار ابن تيمية «مجموع الفتاوى» (٣٤/ ٦٠)، وقالت به عائشة ﵂.
«الحاوي» (١٤/ ٤٢٦)، «المحلى» (١٠/ ٢٠٩).

(٢) قال الخِرَشي: «(ص) إن حصل في الحولين أو بزيادة الشهرين.
(ش) يعني: أن شرط نشر الحرمة بالرَّضاع أن يحصل الوصول للجوف في الحولين من ولادته أو بزيادة ما قرب منهما مما له حكمه كالشهر والشهرين. وقيل: الثلاثة الأشهر، وهذا ما دام مقصورًا على الرضاع أو يأكل معه ما يضر به الاقتصار عليه».
«شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٨)، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٢/ ٥٠٣ - ٥٠٤).

(٣) «بدائع الصنائع» (٤/ ٦)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ١٣٦).

(٤) قال الرملي: «(وشرطه)؛ أي: الرضاع المحرم: أي: ما لا بد منه فيه فلا ينافي عدّه - فيما مرَّ - ركنًا (رضيع حي) حياة مستقرة، فلا أثر لوصوله لجوف من حركته حركة مذبوح وميت اتفاقًا لانتفاء التغذي (لم يبلغ) في ابتداء الخامسة (سنتين) بالأهلة ما لم ينكسر أول شهر فيتمم ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين، فإن بلغها لم يحرم، ويحسبان من تمام انفصاله، لا من أثنائه، وإن رضع وطال زمن الانفصال: فلا تحريم». «نهاية المحتاج» (٧/ ١٧٥)، «مغني المحتاج» (٥/ ١٢٧).

وَذَهَبَ دَاوُدُ(١) وَأَهْلُ الظَّاهِرِ إِلَى أَنَّهُ يُحَرِّمُ(٢)، وَهُوَ مَذْهَبُ عَائِشَةَ(٣).

وَمَذْهَبُ الْجُمْهُورِ: هُوَ مَذْهَبُ ابْنِ مَسْعُودٍ(٤)، وَابْنِ عُمَرَ(٥)، وَأَبِي هُرَيْرَةَ(٦)، وَابْنِ عَبَّاسٍ(٧)، وَسَائِرِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ(٨).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي ذَلِكَ.

وَذَلِكَ أَنَّهُ وَرَدَ فِي ذَلِكَ حَدِيثَانِ:

أَحَدُهُمَا: حَدِيثُ سَالِمٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ.

وَالثَّانِي: حَدِيثُ عَائِشَةَ، خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ، وَمُسْلِمٌ، قَالَتْ: «دَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَعِنْدِي رَجُلٌ، فَاشْتَدَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَرَأَيْتُ الْغَضَبَ فِي وَجْهِهِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّهُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: **انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ مِنَ الرَّضَاعَةِ؛ فَإِنَّ الرَّضَاعَةَ مِنَ الْمَجَاعَةِ**»(٩).

---

(١) «المغني» (٨/ ١٧٧).
(٢) «المحلى» (١٠/ ٢٠٢).
(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٥٤).
(٤) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٣)، عن أبي عطية الوادعي قال: جاء رجل إلى ابن مسعود، فقال: إنها كانت معي امرأتي، فحصر لبنها في ثديها، فجعلت أمصه ثم أمجه، فأتيت أبا موسى فسألته، فقال: حرمت عليك. قال: فقام وقمنا معه، حتى انتهى إلى أبي موسى، فقال: ما أفتيت هذا، فأخبره بالذي أفتاه. فقال ابن مسعود، وأخذ بيد الرجل: «أرضيعًا ترى هذا؟! إنما الرضاع ما أنبت اللحم والدم». فقال أبو موسى: لا تسألوني عن شيء ما كان هذا الحبر بين أظهركم.
(٥) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٥)، عن ابن عمر، أنه قال: «لا رضاع إلا لمن أرضع في الصغر، ولا رضاعة لكبير».
(٦) أخرجه النسائي - في الكبرى (٥/ ٢٠١)، عن أبي هريرة، قال: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء».
(٧) رواه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٥)، عن ابن عباس يقول: «لا رضاع بعد الفطام».
(٨) رواه ابن المنذر، في «الأوسط» (٨/ ٥٦١)، عن أم سلمة: أنها سئلت: ما يحرم من الرضاع؟ فقالت: ما كان في الثدي قبل الفطام.
(٩) رواه البخاري (٢٦٤٧) واللفظ له، ومسلم (١٤٥٥).
قوله: الرَّضاعة من المجاعة؛ أي: من التي ترضع لجوعه لصغره، فهو الذي يحرم =

فَمَنْ ذَهَبَ إِلَى تَرْجِيحِ هَذَا الْحَدِيثِ، قَالَ: لَا يُحَرِّمُ اللَّبَنُ الَّذِي لَا يَقُومُ لِلْمُرْضَعِ مَقَامَ الْغِذَاءِ، إِلَّا أَنَّ حَدِيثَ سَالِمٍ نَازِلَةٌ فِي عَيْنٍ، وَكَانَ سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ يَرَوْنَ ذَلِكَ رُخْصَةً لِسَالِمٍ.

وَمَنْ رَجَّحَ حَدِيثَ سَالِمٍ، وَعَلَّلَ حَدِيثَ عَائِشَةَ بِأَنَّهَا لَمْ تَعْمَلْ بِهِ ـ قَالَ: يُحَرِّمُ رَضَاعُ الْكَبِيرِ.

١٦٣٨ الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

وَاخْتَلَفُوا إِذَا اسْتَغْنَى الْمَوْلُودُ بِالْغِذَاءِ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، وَفُطِمَ، ثُمَّ أَرْضَعَتْهُ امْرَأَةٌ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١): لَا يُحَرِّمُ ذَلِكَ الرَّضَاعُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢) وَالشَّافِعِيُّ(٣): تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِهِ.

= لا الذي استغنى عن ذلك بالطعام. انظر: «مشارق الأنوار»، للقاضي عياض (١/ ١٦٥)، «غريب الحديث»، للقاسم بن سلَّام (٢/ ١٤٩).

(١) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٣)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٨).

(٢) قال الزيلعي: «والفطام في مدة الرضاع غير معتبر، كما أنَّ الرضاع بعد مدته غير معتبر فطم أو لم يفطم، وذكر الخَصَّاف: أنه إن فطم قبل مضي المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعًا، وإن لم يستغن ثبتت به الحرمة، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى». «تبيين الحقائق» (٢/ ١٨٣)، «العناية شرح الهداية» (٣/ ٤٤٤).

(٣) قال الرملي: «(وشرطه)؛ أي: الرضاع المحرم؛ أي: ما لا بدَّ منه فيه، فلا ينافي عده فيما مر ركنًا (رضيع حي) حياة مستقرة فلا أثر لوصوله لجوف من حركته حركة مذبوح وميت اتفاقًا لانتفاء التغذي (لم يبلغ) في ابتداء الخامسة (سنتين) بالأهلة ما لم ينكسر أول شهر فيتمم ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين، فإن بلغها لم يحرم ويحسبان من تمام انفصاله لا من أثنائه، وإن رضع وطال زمن الانفصال». «نهاية المحتاج» (٧/ ١٧٥)، «مغني المحتاج» (٥/ ١٢٧).

قال البهوتي: «ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشروط:

أحدها: أن يرتضع في العامين ولو كان قد فطم قبله؛ أي: قبل ذلك الرضاع؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]». «كشاف القناع» (٥/ ٤٤٥)، «الإنصاف» (٩/ ٣٣٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ»**(١).

فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ الرَّضَاعَ الَّذِي يَكُونُ فِي سِنِّ الْمَجَاعَةِ، كَيْفَمَا كَانَ الطِّفْلُ وَهُوَ سِنُّ الرَّضَاعِ.

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ إِذَا كَانَ الطِّفْلُ غَيْرَ مَفْطُومٍ، فَإِنْ فُطِمَ فِي بَعْضِ الْحَوْلَيْنِ لَمْ يَكُنْ رَضَاعًا مِنَ الْمَجَاعَةِ.

فَالِاخْتِلَافُ آيِلٌ إِلَى أَنَّ الرَّضَاعَ الَّذِي سَبَبُهُ الْمَجَاعَةُ وَالِافْتِقَارُ إِلَى اللَّبَنِ؛ هَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ الِافْتِقَارُ الطَّبِيعِيُّ لِلْأَطْفَالِ، وَهُوَ الِافْتِقَارُ الَّذِي سَبَبُهُ سِنُّ الرَّضَاعِ أَوِ افْتِقَارُ الْمُرْضَعِ نَفْسِهِ، وَهُوَ الَّذِي يَرْتَفِعُ بِالْفَطْمِ وَلَكِنَّهُ مَوْجُودٌ بِالطَّبْعِ؟

[١٦٣٨/...] وَالْقَائِلُونَ بِتَأْثِيرِ الْإِرْضَاعِ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ؛ سَوَاءٌ مَنِ اشْتَرَطَ مِنْهُمُ الْفِطَامَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ:

اخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ:

فَقَالَ: هَذِهِ الْمُدَّةُ حَوْلَانِ فَقَطْ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ(٢)

وَاسْتَحْسَنَ مَالِكٌ التَّحْرِيمَ فِي الزِّيَادَةِ الْيَسِيرَةِ عَلَى الْعَامَيْنِ.

وَفِي قَوْلٍ الشَّهْرُ عَنْهُ(٣).

وَفِي قَوْلٍ عَنْهُ: إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ(٤).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: حَوْلَانِ وَسِتَّةُ شُهُورٍ(٥).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ليس هو قول زُفر، وإنما هو أيضًا: قول الإمامين الشافعي وأحمد. وأما قول زفر، فهو ثلاثة أحوال. «بدائع الصنائع»، للكاساني (٤/٦).

(٣) رواه ابن الماجشون. «شرح ابن ناجي على متن الرسالة» (٢/٨٩).

(٤) رواه أبو الوليد. «شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة» (٢/٨٩)، «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب»، لخليل (٥/١١٣).

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع»، للكاساني (٤/٦)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/١٣٦).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مَا يُظَنُّ مِنْ مُعَارَضَةِ آيَةِ الرَّضَاعِ لِحَدِيثِ عَائِشَةَ الْمُتَقَدِّمِ، وَذَلِكَ أَنَّ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] - يُوهِمُ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى هَذَيْنِ الْحَوْلَيْنِ لَيْسَ هُوَ رَضَاعَ مَجَاعَةٍ مِنَ اللَّبَنِ.

وَقَوْلَهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**إِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ**»(١) - يَقْتَضِي عُمُومُهُ أَنَّ مَا دَامَ الطِّفْلُ غِذَاؤُهُ اللَّبَنُ أَنَّ ذَلِكَ الرِّضَاعَ يُحَرِّمُ.

١٦٣٩ **الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ**:

وَأَمَّا هَلْ يُحَرِّمُ الْوَجُورُ(٢) وَاللَّدُودُ(٣)، وَبِالْجُمْلَةِ مَا يَصِلُ إِلَى الْحَلْقِ مِنْ غَيْرِ رَضَاعٍ؟

فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ: يُحَرِّمُ الْوَجُورُ وَاللَّدُودُ(٤).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الوَجور: الدواء يوجر في وسط الفم. انظر: «الصحاح»، للجوهري (٢/ ٨٤٤).

(٣) اللدود: هو ما يصب من الأدوية في أحد شقي الفم. انظر: «الصحاح»، للجوهري (٢/ ٥٣٥).

(٤) قال العدوي: «(ويحرم بالوَجور) بفتح الواو، وهو ما صب في وسط الفم وتحت اللسان (والسَّعُوط) بفتح السين، وهو ما صب في المنخر، ظاهر كلامه: أنَّ السَّعوط يحرم، وإن لم يتحقق وصوله للجوف». «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢/ ١١٦)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير (٢/ ٥٠٣).

وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد:

قال الزيلعي: «والسَّعوط والوجور يثبت بهما التحريم بالاتفاق لحصول النشوء بهما». «تبيين الحقائق» (٢/ ١٨٦)، «الدر المختار» وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٣/ ٢٠٩).

قال الرملي: «(ويحرم إيجار) وهو صب اللبن في الحلق قهرًا لحصول التغذي به، ومن ثم اشترط وصوله للمعدة ولو من جائفة لا مسام، فلو تقيأه قبل وصولها يقينًا لم يحرم (وكذا إسعاط) بأن صب اللبن من الأنف حتى وصل للدماغ (على المذهب) لذلك». «نهاية المحتاج» (٧/ ١٧٥)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٨٧).

قال الرحيباني: «(وسعوط في أنف ووجور في فم كالرضاع) في تحريم ولوصول اللبن =

وَقَالَ عَطَاءٌ[١]، وَدَاوُدُ[٢]: لَا يُحَرِّمُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلِ الْمُعْتَبَرُ وُصُولُ اللَّبَنِ كَيْفَمَا وَصَلَ إِلَى الْجَوْفِ؟ أَوْ وُصُولُهُ عَلَى الْجِهَةِ الْمُعْتَادَةِ؟

فَمَنْ رَاعَى وُصُولَهُ عَلَى الْجِهَةِ الْمُعْتَادَةِ، وَهُوَ الَّذِي يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الرَّضَاعِ ـ قَالَ: لَا يُحَرِّمُ الْوَجُورُ وَلَا اللَّدُودُ[٣].

وَمَنْ رَاعَى وُصُولَ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ كَيْفَمَا وَصَلَ ـ قَالَ: يُحَرِّمُ[٤].

١٦٤٠ **الْمَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ**: وَأَمَّا هَلْ مِنْ شَرْطِ اللَّبَنِ الْمُحَرِّمِ إِذَا وَصَلَ إِلَى الْحَلْقِ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُخَالِطٍ لِغَيْرِهِ؟

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ أَيْضًا:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥]: إِذَا اسْتُهْلِكَ اللَّبَنُ فِي مَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ، ثُمَّ سُقِيَهُ الطِّفْلُ ـ لَمْ تَقَعِ الْحُرْمَةُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٦].

= بذلك إلى جوفه كوصوله بالارتضاع وحصول إنبات اللحم وانتشار العظم به كما يحصل بالرضاع، والأنف سبيل لفطر الصائم؛ فكان سبيلًا للتحريم كالرضاع بالفم». «مطالب أولي النهى» (٥/ ٦٠١)، «كشاف القناع» (٥/ ٤٤٦).

(١) رواه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٢)، عن ابن جريج قال: أرسلت إلى عطاء إنسانًا في سعوط اللبن للصغير وكَحْله به أيحرُم؟ قال: «ما سمعنا أنه يحرُم».

(٢) «المحلى» (١٠/ ١٨٦).

(٣) وهو مذهب عطاء الخراساني، وداود الظاهري.

(٤) وهم الجمهور، وأكثر العلماء.

(٥) ينظر: «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٧)، «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٥/ ٧٤).

(٦) قال العيني: «(وإذا اختلط اللبن بالماء، واللبن هو الغالب)؛ أي: والحال أنَّ اللبن هو الغالب على الماء. (تعلق به التحريم)؛ لأنَّ الحكم للغالب.
(وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافًا للشافعي) ش: فإن عنده على الأصح يتعلق به التحريم إذا كان مقدار خمس رضعات من اللبن وبه قال أحمد، وكذا الخلط بالدواء، أو بلبن بهيمة، أو بكل مائع أو جامد، واعتبر مالك أن يكون اللبن مستهلكًا في جميع ذلك، لعدم تعلق التحريم به». =

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]، وَابْنُ حَبِيبٍ، وَمُطَرِّفٌ، وَابْنُ الْمَاجِشُونِ[٢] مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ: تَقَعُ بِهِ الْحُرْمَةُ، بِمَنْزِلَةٍ مَا لَوِ انْفَرَدَ اللَّبَنُ أَوْ كَانَ مُخْتَلِطًا لَمْ تَذْهَبْ عَيْنُهُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ يَبْقَى لِلَّبَنِ حُكْمُ الْحُرْمَةِ إِذَا اخْتَلَطَ بِغَيْرِهِ أَمْ لَا يَبْقَى بِهِ حُكْمُهَا، كَالْحَالِ فِي النَّجَاسَةِ إِذَا خَالَطَتِ الْحَلَالَ الطَّاهِرَ؟

وَالْأَصْلُ الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ انْطِلَاقُ اسْمِ اللَّبَنِ عَلَيْهِ كَالْمَاءِ؛ هَلْ يَطْهُرُ إِذَا خَالَطَهُ شَيْءٌ طَاهِرٌ؟

١٦٤١ **الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ**: وَأَمَّا هَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْوُصُولُ إِلَى الْحَلْقِ أَوْ لَا يُعْتَبَرُ؟[٣]

= «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢١٨).

(١) قال الشربيني: «(ولو خلط) اللبن (بمائع) طاهر كماء أو نجس خمر (حرم إن غلب) على المائع بظهور أحد صفاته من طعم أو لون أو ريح، إذِ المغلوب كالمعدوم، وسواء أشرب الكل أم البعض (فإن غلب) بأن زالت أوصافه الثلاثة حسًّا وتقديرًا (وشرب) الرضيع (الكل) حرم (قيل: أو) شرب (البعض حرم) أيضًا (في الأظهر) لوصول اللبن إلى الجوف)». «مغني المحتاج» (٥/ ١٢٥)، «تحفة المحتاج»، للهيتمي (٨/ ٢٨٥).

قال البهوتي: «(أو شيب)؛ أي: خلط بغيره (وصفاته)؛ أي: لونه وطعمه وريحه (باقية) فيحرم كالخالص؛ لأنَّ الحكم للأغلب، ولبقاء اسمه ومعناه. فإن غلب ما خالطه به لم يثبت به تحريم. لأنه لا ينبت به اللحم ولا ينشر العظم». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٢١٦)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٦٠١).

(٢) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٥/ ٧٤).

(٣) اللبن الذي يُصب عن طريق الأنف يُحرِّم، عند الحنفية والشافعية، والحنابلة:

قال ابن عابدين: (قوله وألحق بالمصِّ. . . . إلخ) تعريض بالردِّ على صاحب البحر؛ حيث قال التعريف منقوض طردًا، إذ قد يوجد المص ولا رضاع إن لم يصل إلى الجوف وعكسًا، إذ قد يوجد الرضاع ولا مص، كما في الوجور والسعوط.

ثم أجاب بأن المراد بالمص الوصول إلى الجوف من المنفذين، وخصَّه؛ لأنه سبب للوصول فأطلق السبب وأراد المسبب. =

فَإِنَّهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا هُوَ سَبَبَ اخْتِلَافِهِمْ فِي السَّعُوطِ[١] بِاللَّبَنِ وَالْحُقْنَةِ بِهِ[٢].

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ اخْتِلَافُهُمْ فِي ذَلِكَ لِمَوْضِعِ الشَّكِّ، هَلْ يَصِلُ اللَّبَنُ مِنْ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ أَوْ لَا يَصِلُ؟

١٦٤٢ **الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ:**

وَأَمَّا هَلْ يَصِيرُ الرَّجُلُ الَّذِي لَهُ اللَّبَنُ؛ أَعْنِي: زَوْجَ الْمَرْأَةِ، أَبًا لِلْمُرْضَعِ،

= واعترضه في النهر: بأن المص يستلزم الوصول إلى الجوف، لما في القاموس: مصصته شربته شربًا رقيقًا، وجعل الوجور والسعوط ملحقين بالمصِّ). «حاشية ابن عابدين» «رد المحتار» (٣/ ٢٠٩)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٩).

قال الشِّرْبيني: «(وكذا إسعاط) وهو صب اللبن في الأنف ليصل الدماغ يحرم أيضًا (على المذهب) لحصول التغذي بذلك، لأنَّ الدماغ جوف له كالمعدة». «مغني المحتاج» (٥/ ١٢٦). «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٨٧).

قال البهوتي: «(وسعوط في أنفه ووجور في فمه كرضاع) يحصل به ما يحصل بالرضاع من الغذاء والسعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره فيدخل حلقه)». «كشاف القناع» (٥/ ٤٤٦)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٢١٦).

(١) السَّعوط: كل شَيْء صببته فِي الأنف من دواء أو غيره. انظر: «جمهرة اللغة»، لابن دريد (٢/ ٨٣٤).

(٢) الحنفية والمالكية والحنابلة قالوا: بأن الحقنة لا تُحرِّم. وأمَّا الشافعية فقالوا: تحرم.
«بدائع الصنائع»، للكاساني (٤/ ٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢١٩).
ينظر: «الشرح الصغير»، للدردير (٢/ ٧٢٠)، «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٣).
«كشاف القناع» (٥/ ٤٤٥)، «الإقناع» (٤/ ١٢٦).

قال الشربيني: «(لا حقنة) وهي ما يدخل في الدُّبر أو القُبل من دواء، فلا يحرم (في الأظهر) لانتفاء التغذي؛ لأنها لإسهال ما انعقد في المعدة، والثاني: تحرم كما يحصل بها الفطر، ودفع بأن الفطر يتعلق بالوصول إلى جوف وإن لم يكن معدة ولا دماغًا بخلافه هنا، ولهذا لم يحرم التقطير في الأذن أو الجراحة إذا لم يصل إلى المعدة، ولا بدَّ أن يكون من منفذ مفتوح فلا يحرم وصوله إلى جوف أو معدة بصبه في العين بواسطة المسامِّ». «مغني المحتاج» (٥/ ١٢٧)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٨٧).

حَتَّى يُحَرِّمَ بَيْنَهُمَا وَمِنْ قِبَلِهِمَا مَا يُحَرِّمُ مِنَ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ الَّذِينَ مِنَ النَّسَبِ، وَهِيَ الَّتِي يُسَمُّونَهَا لَبَنَ الْفَحْلِ(١)؟

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَحْمَدُ(٥)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٦): لَبَنُ الْفَحْلِ يُحَرِّمُ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَا يُحَرِّمُ لَبَنُ الْفَحْلِ.

وَبِالْأَوَّلِ قَالَ عَلِيٌّ، وَابْنُ عَبَّاسٍ(٧).

---

(١) الفحل: الرَّجل تكون له امرأةٌ ولدت منه ولدًا ولها لبن؛ فكل من أرضعته من الأطفال بهذا اللبن فهو محرَّم على الزوج وإخوته وأولاده منها، ومن غيرها، لأنَّ اللبن للزوج حيث هو سببه. انظر: «النهاية»، لابن الأثير (٤/ ٢٢٧).

(٢) قال ابن عبد البر: «إذا أرضعت المرأة مولدًا في الحولين صار ابنها وابن من أرضعته بلبنه، ولا يحل لذلك المولود أن ينكح امرأة من بنات أمه التي أرضعته ولا بنات زوجها أو سيدها لأنه أبوه بذلك الرضاع ولا من قرابته». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٤٠)، «المعونة»، للقاضي عبد الوهاب (ص٩٥٢).

(٣) قال المرغيناني: «ولبن الفحل يتعلق به التحريم، وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبًا للمرضعة». «الهداية» (١/ ٢١٨)، «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٢٦٦).

(٤) قال الشيخ زكريا الأنصاري: «(فيمن يحرم بالرضاع) وتحريمه يتعلق بالمرضعة والفحل ذي اللبن، ثم تسري الحرمة منهم إلى غيرهم (فتحرم المرضعة على الطفل) الرضيع (لأنها أمه وآباؤها وأمهاتها من النسب والرضاع أجداده وجداته) فإن كان أنثى: حرم على الأجداد نكاحها، أو ذكرًا: حرم عليه نكاح الجدات (والفروع كفروع النسب)». «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٨). «الأم»، للشافعي (٥/ ٢٦).

(٥) قال البهوتي: «وإنما ثبتت أبوة الواطئ للطفل وفروعها إذا كان يلحقه نسب الحمل، لأنَّ اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من مائه وماء المرأة، فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وأقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل». «كشاف القناع» (٥/ ٤٤٣)، «المغني» (٧/ ١١٣).

(٦) «الأوسط» (٨/ ٥٦٣ ـ ٥٦٤).

(٧) «الأوسط» (٨/ ٥٦٣).

وَبِالْقَوْلِ الثَّانِي قَالَتْ عَائِشَةُ[١]، وَابْنُ الزُّبَيْرِ[٢]، وَابْنُ عُمَرَ[٣].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ ظَاهِرِ الْكِتَابِ لِحَدِيثِ عَائِشَةَ الْمَشْهُورِ؛ أَعْنِي: آيَةَ الرَّضَاعِ. وَحَدِيثُ عَائِشَةَ هُوَ قَالَتْ: «جَاءَ أَفْلَحُ أَخُو أَبِي الْقُعَيْسِ يَسْتَأْذِنُ عَلَيَّ بَعْدَ أَنْ أُنْزِلَ الْحِجَابُ، فَأَبَيْتُ أَنْ آذَنَ لَهُ، وَسَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: **إِنَّهُ عَمُّكِ، فَأْذَنِي لَهُ**. فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّمَا أَرْضَعَتْنِي الْمَرْأَةُ، وَلَمْ يُرْضِعْنِي الرَّجُلُ! فَقَالَ: **إِنَّهُ عَمُّكِ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ**»، خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ[٤]، وَمُسْلِمٌ[٥] وَمَالِكٌ[٦].

فَمَنْ رَأَى أَنَّ مَا فِي الْحَدِيثِ شَرْعٌ زَائِدٌ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ قَوْله تَعَالَى:

﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وَعَلَى قَوْلِهِ ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ**»[٧] ـ قَالَ: لَبَنُ الْفَحْلِ مُحَرِّمٌ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ آيَةَ الرَّضَاعِ، وَقَوْلَهُ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ**»[٨] إِنَّمَا وَرَدَ عَلَى جِهَةِ التَّأْصِيلِ لِحُكْمِ الرَّضَاعِ؛ إِذْ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ[٩] ـ قَالَ: ذَلِكَ الْحَدِيثُ إِنْ عُمِلَ بِمُقْتَضَاهُ أَوْجَبَ أَنْ يَكُونَ نَاسِخًا لِهَذِهِ الْأُصُولِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُغَيِّرَةَ لِلْحُكْمِ نَاسِخَةٌ، مَعَ أَنَّ عَائِشَةَ لَمْ

---

(١) «الأوسط»، لابن المنذر (٨/ ٥٦٤). (٢) سيأتي.
(٣) ابن المنذر في «الأوسط» (٨/ ٥٦٤). (٤) البخاري (٤٧٩٦).
(٥) مسلم (١٤٤٥). (٦) مالك (٢/ ٦٠٢).
(٧) رواه مسلم (١٤٤٤/ ٢). (٨) تقدم تخريجه
(٩) يعني: أن العبادة إذا احتاجت إلى بيان واحتيج إليه فلا يجوز أن يؤخره النبي ﷺ، ومثاله: أن يقول: صلوا غدًا، ثم لا يبين لهم في غدٍ كيف يصلون. وهذا محل اتفاق بين الأصوليين.
قال الغزالي في «المستصفى» (ص١٩٢): «لا خلاف أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، إلا على مذهب من يُجوِّز تكليف المحال». وينظر: «شرح مختصر الروضة»، للطوفي (٢/ ٦٨٨).

يَكُنْ مَذْهَبُهَا التَّحْرِيمَ بِلَبَنِ الْفَحْلِ، وَهِيَ الرَّاوِيَةُ لِلْحَدِيثِ. وَيَصْعُبُ رَدُّ الْأُصُولِ الْمُنْتَشِرَةِ الَّتِي يُقْصَدُ بِهَا التَّأْصِيلُ وَالْبَيَانُ عِنْدَ وَقْتِ الْحَاجَةِ بِالْأَحَادِيثِ النَّادِرَةِ، وَبِخَاصَّةٍ الَّتِي تَكُونُ فِي عَيْنٍ، وَلِذَلِكَ قَالَ عُمَرُ ﷺ فِي حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: لَا نَتْرُكُ كِتَابَ اللهِ لِحَدِيثِ امْرَأَةٍ(١).

١٦٤٣ **الْمَسْأَلَةُ الثَّامِنَةُ**: وَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّضَاعِ، فَإِنَّ قَوْمًا قَالُوا: لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ(٢).

وَقَوْمًا قَالُوا: لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ أَرْبَعٍ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٣) وَعَطَاءٌ(٤) وَقَوْمًا قَالُوا: تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ(٥).

وَالَّذِينَ قَالُوا: تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ - مِنْهُمْ مَنِ اشْتَرَطَ فِي ذَلِكَ فُشُوَّ(٦)

---

(١) رواه مسلم (١٤٨٠/٤٦)، من قول عمر ﷺ: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأةٍ، لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]. وانظر لتمام الفائدة: «فتح الباري»، لابن حجر (٩/ ٤٨١).

(٢) وهم المالكية، وسيأتي.

(٣) قال الرَّمْلِي: «(ويثبت) الرضاع (بشهادة رجلين) وإن تعمد النظر لثدييها لغير الشهادة وتكرر منهما لأنه صغيرةٌ لا يضره إدمانها؛ حيث غلبت طاعاته معاصيه (أو رجل وامرأتين وبأربع نسوة) لاطلاعهن عليه غالبًا كالولادة، ومن ثَمَّ لو كان النزاع في الشرب من ظرف لم يقبلن؛ لأن الرجال يطلعون عليه. نعم، يقبلن في أن ما في الظرف لبن فلانة؛ لأنَّ الرجال لا يطلعون على الحلب غالبًا (والإقرار به شرطه)؛ أي: شرط ثبوته (رجلان) لاطلاع الرجال عليه غالبًا». «نهاية المحتاج» (٧/ ١٨٥)، «مغني المحتاج»، للخطيب الشربيني (٥/ ١٤٨).

(٤) «الأوسط» (٨/ ٥٧٦).

(٥) وهي رواية - أيضًا - عن الإمام مالك، والإمام أحمد.
«المغني» (٨/ ١٩٠).
«عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٥٩٤)، : «المدونة»، لابن القاسم (٢/ ٣٠٠).

(٦) أصل الفشو: الظهور والانتشار. انظر: «تفسير غريب ما في الصحيحين»، للحميدي (ص٢٠٧).

قَوْلِهِمَا بِذَلِكَ قَبْلَ الشَّهَادَةِ. وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ(١)، وَابْنِ الْقَاسِمِ(٢)

وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، وَهُوَ قَوْلُ مُطَرِّفٍ، وَابْنِ الْمَاجِشُونِ(٣).

[١٦٤٣/أ] وَالَّذِينَ أَجَازُوا أَيْضًا شَهَادَةَ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، مِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطْ فُشُوَّ قَوْلِهَا قَبْلَ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ(٤).

وَمِنْهُمْ مَنِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ، وَهِيَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ(٥)، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ أَقَلَّ مِنَ اثْنَتَيْنِ(٦).

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: أَمَّا بَيْنَ الْأَرْبَعِ وَالِاثْنَتَيْنِ، فَاخْتِلَافُهُمْ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ هَلْ عَدِيلُ كُلِّ رَجُلٍ هُوَ امْرَأَتَانِ فِيمَا لَيْسَ يُمْكِنُ فِيهِ شَهَادَةُ الرَّجُلِ، أَوْ يَكْفِي فِي ذَلِكَ امْرَأَتَانِ؟ وَسَتَأْتِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ، إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي قَبُولِ شَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ: فَمُخَالَفَةُ الْأَثَرِ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ لِلْأَصْلِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنَ الرِّجَالِ أَقَلُّ مِنَ اثْنَيْنِ، وَأَنَّ حَالَ النِّسَاءِ فِي ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَضْعَفَ مِنْ حَالِ الرِّجَالِ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ أَحْوَالُهُنَّ فِي ذَلِكَ مُسَاوِيَةً لِلرِّجَالِ.

---

(١) قال «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٧ بتصرفٍ): «(قوله: إن فشا ذلك منهما)؛ أي: ولا يشترط فشوه من غيرهما، كما يفيده ظاهر كلام ابن عرفة؛ ونصُّه: وشهادة امرأتين به ـ وإن فشا قولهما به قبل نكاح الرضيعين ـ يثبته، وهو مثل لفظ المدونة. نعم، ذكر الخلاف في معنى الفشو في حق المرأة فقال: وفي كون الفشو المعتبر في شهادة المرأة فشو قولها ذلك قبل شهادتها أو فشو ذلك عند الناس خلاف». «الشرح الصغير»، للدردير (٢/ ٧٢٦).

(٢) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٧).

(٣) «عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٥٩٤).

(٤) قال الكاساني: «وأما بيان ما يثبت به الرضاع؛ أي: يظهر به: فالرضاع يظهر بأحد أمرين: **أحدهما**: الإقرار، **والثاني**: البينة.... وأما البينة: فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك، ولا شهادة النساء بانفرادهن». «بدائع الصنائع» (٤/ ١٤)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ١٣٨).

(٥) تقدم. (٦) تقدم.

[١٦٤٣/ب] وَالْإِجْمَاعُ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْضَى بِشَهَادَةٍ وَاحِدَةٍ[١]، وَالْأَمْرُ الْوَارِدُ فِي ذَلِكَ هُوَ حَدِيثُ «عُقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً، فَأَتَتِ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ؟ دَعْهَا عَنْكَ**»[٢].

وَحَمَلَ بَعْضُهُمْ هَذَا الْحَدِيثَ عَلَى النَّدْبِ؛ جَمْعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُصُولِ، وَهُوَ أَشْبَهُ، وَهِيَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ.

١٦٤٤ الْمَسْأَلَةُ التَّاسِعَةُ: وَأَمَّا صِفَةُ الْمُرْضِعَةِ:

فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ يُحَرِّمُ لَبَنُ كُلِّ امْرَأَةٍ بَالِغٍ وَغَيْرِ بَالِغٍ، وَالْيَائِسَةِ مِنَ الْمَحِيضِ كَانَ لَهَا زَوْجٌ أَمْ لَمْ يَكُنْ، حَامِلًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ[٣].

---

(١) حكى الإجماع: ابن القطان فِي «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ١٤١).

(٢) رواه البخاري (٥١٠٤)، عن عقبة بن الحارث، قال: تزوجت امرأةً، فجاءتنا امرأةٌ سوداء، فقالت: أرضعتكما، فأتيت النبي ﷺ، فقلت: تزوجتُ فلانة بنت فلان، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت لي: إني قد أرضعتكما، وهي كاذبة، فأعرض عني، فأتيته مِن قِبَل وجهه، قلت: إنها كاذبة، قال: «**كيف بها؛ وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟! دعها عنك**».

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٦٠)، وابن هُبيرة في «الإفصاحِ» (٢/ ١٤٨)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ١٥)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٧٢).
ذهب الشافعية في أحد الوجهين: «الوسيط» (٦/ ١٧٩)، «البيان» (١١/ ١٣٩)، والحنابلة في المذهب: «الإنصاف» (٩/ ٣٣١)، «الفروع» (٩/ ٢٨٠)، إلى أنه إذا ظهر لبن من امرأة لا ولد لها، فلا تنتشر به الحرمة.
• أدلة هذا القول:
١ ـ أنَّ ما ظهر من المرأة من لبن دون حمل أو ولادة، فليس بلبن حقيقة، بل رطوبة متولدة.
«الإنصاف» (٩/ ٣٣١).
٢ ـ أنه يشبه لبن الرجل؛ فلا حرمة له.
«البيان» (١١/ ١٣٩)، «المغني» (١١/ ٣٢٤). =

وَشَذَّ بَعْضُهُمْ، فَأَوْجَبَ حُرْمَةً لِلَبَنِ الرَّجُلِ(١).

[١٦٤٤/...] وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ، فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، وَإِنْ وُجِدَ فَلَيْسَ لَبَنًا إِلَّا بِاشْتِرَاكِ الِاسْمِ(٢).

١٦٤٥ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي لَبَنِ الْمَيِّتَةِ(٣).

= ٣ ـ أنه لبن نادر، لم تجر العادة به لتغذية الأطفال.
«المغني» (١١/ ٣٢٤).

(١) نُقل هذا عن الكرابيسي (أبو علي الحسين بن علي البغدادي)، فقد ذهب إلى أن لبن الرجل يُحرِّم؛ قياسًا على المرأة.
قال الرُّوياني: «وحكي عن الكَرَابيسي ـ من أصحابنا ـ، أنه قال: تثبت الحرمة بلبن الرجل، كما تثبت بلبن المرأة! وهذا خطأ؛ لأن لبنه لم يجعل غذاء المولود؛ فلا يثبت التحريم كلبن البهيمة». «بحر المذهب»، للروياني (١١/ ٤٠٦).

(٢) رد العلماء على الكَرَابيسي قالوا: هذا لا يُحرِّم، يعني لا ينشر الحُرمة؛ بمعنى: (إذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيًّا لم يتعلق التحريم)؛ لأنَّ المرأة الأصل فيها أنها مكانٌ للولادة. أما الرجل فليس كذلك، إذًا لا حُرمة هنا.
قال المرغيناني: «وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيًّا لم يتعلق التحريم؛ لأنه ليس بلبن على التحقيق، فلا يتعلق به النشوء والنمو، وهذا لأنَّ اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة». «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢١٩).
قال ابن شاس: «أركانه، وهي ثلاثة: الأول: المرضعة، وهي المرأة، فلا حكم للبن البهيمة، ولا لبن الرجل. وحكى الشيخ أبو إسحاق رواية كراهية نكاح مَن أرضعه الذكور». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٩٠): «منح الجليل» (٤/ ٣٧٢).
قال زكريا الأنصاري: «(فلا تحريم بلبن رجلٍ وخنثى حتى يتضح) كونه امرأةً؛ لأنه لم يخلق لغذاء الولد فأشبه سائر المائعات؛ ولأنَّ اللبن أثر الولادة، وهي لا تتصور في الرجل والخنثى. نعم، يكره لهما نكاح من ارتضعت بلبنهما...». «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٥ ـ ٤١٦)، «فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب»، للأنصاري (٢/ ١٣٦).
قال البهوتي: «(ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة.. (أو) ارتضع طفلان من لبن (رجل)، فكذلك لما ذكرنا (أو) ارتضعا من لبن (خنثى مشكل لم ينشر الحرمة)؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك». «كشاف القناع» (٥/ ٤٤٤)، «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف» (٩/ ٣٣٢).

(٣) جمهور العلماء (الحنفية والمالكية والحنابلة)، يرون: أنَّ لبن الميتة ينشر الحُرمة؛ =

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ يَتَنَاوَلُهَا الْعُمُومُ أَوْ لَا يَتَنَاوَلُهَا؟

وَلَا لَبَنَ لِلْمَيِّتَةِ إِنْ وُجِدَ لَهَا إِلَّا بِاشْتِرَاكِ الِاسْمِ، وَيَكَادُ أَنْ تَكُونَ مَسْأَلَةً غَيْرَ وَاقِعَةٍ فَلَا يَكُونُ لَهَا وُجُودٌ إِلَّا فِي الْقَوْلِ.

[الْفَصْلُ الرَّابِعُ: فِي مَانِعِ الزِّنَى]

١٦٤٦ وَاخْتَلَفُوا فِي زَوَاجِ الزَّانِيَةِ:

فَأَجَازَ الْجُمْهُورُ(١).

= لأنها آدمية، خلافًا للشافعية؛ فيشترط كونها امرأة حية لينشر الحرمة.

قال السرخسي: «إذا حلب اللبن من ثدي المرأة ثم ماتت، فشربه صبي تثبت به الحرمة؛ لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن، ولا معتبر بفعلها في الإرضاع، ألا ترى أنها لو كانت نائمة، فارتضع من ثديها الصبي تثبت الحرمة، وكذلك الإيجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة، فكذلك بعد موتها». «المبسوط» (٥/ ١٣٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢١٨).

قال الدسوقي: «(قوله: وإن ميتة)؛ أي: هذا إذا كانت تلك المرأة حية، بل ولو كانت ميتة دبَّ الطفل فرضعها أو حلب منها، وعلم أن الذي بثديها لبن. . . . وكذا إن شك هل هو لبن أو غيره؛ لأنه أحوط. وقوله: (ولو ميتة) ردّ بالمبالغة، على ما حكاه ابن بشير وغيره، من القول الشاذ بعدم تحريم لبن الميتة؛ لأنَّ الحرمة لا تقع بغير المباح، ولبن الميتة نجس على مذهب ابن القاسم فلا يحرم. والمعتمد: أنه طاهر، وأنه يحرم». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٢)، «الكافي» (٢/ ٥٤٠)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٦).

قال البهوتي: «(ويحرم لبن الميتة إذا حلب أو ارتضع من ثديها بعد موتها)، لأنه ينبت اللحم، قال في الشرح والمبدع: ونجاسته لا تؤثر، كما لو حلب في إناء نجسٍ؛ يعني: إن قلنا: ينجس الآدمي بالموت، و (كما لو حلب في حياتها ثم شربه) الطفل (بعد موتها، ولو حلف لا يشرب من لبن امرأة فشرب منه وهي ميتة حنث)؛ لأنه شرب من لبنها».

«كشاف القناع» (٥/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧)، «المبدع في شرح المقنع» (٧/ ١٢٦).

قال الأنصاري: «فيشترط كونها امرأة حية بلغت سن الحيض، وإن لم تلد) ولم يحكم ببلوغها سواء أكانت مزوجة أم بكرًا أم غيرهما». «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٥)، «روضة الطالبين»، للنووي (٩/ ٣).

(١) «الدر المختار»، للحصكفي (٣/ ٥٠)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١١٤). =

وَمَنَعَهَا قَوْمٌ(١)

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ ٣﴾ [النور: ٣] - هَلْ خَرَجَ مَخْرَجَ الذَّمِّ أَوْ مَخْرَجَ التَّحْرِيمِ(٢)؟

وَهَلِ الْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ ٣﴾ - إِلَى الزِّنَى(٣) أَوْ إِلَى النِّكَاحِ؟

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ لِحَمْلِ الْآيَةِ عَلَى الذَّمِّ، لَا عَلَى التَّحْرِيمِ؛ لِمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فِي زَوْجَتِهِ أَنَّهَا لَا تَرُدُّ يَدَ لَامِسٍ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **طَلِّقْهَا**، فَقَالَ لَهُ: إِنِّي أُحِبُّهَا. فَقَالَ لَهُ: **فَأَمْسِكْهَا**»(٤).

وَقَالَ قَوْمٌ أَيْضًا: إِنَّ الزِّنَى يَفْسَخُ النِّكَاحَ بِنَاءً عَلَى هَذَا الْأَصْلِ.

= «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٢٢٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٧٢).
«نهاية المطلب»، للجويني (١٢/ ٢١٩)، «المجموع شرح المهذب»، للنووي (١٦/ ٢١٩).

(١) وهم الحنابلة:
«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٨٣)، «المبدع في شرح المقنع»، لابن مفلح (٦/ ١٣٨).

(٢) وبه قال الشافعية، والحنابلة:
قال النووي: «إنه صريحٌ في التحريم». «المجموع»، للنووي (١٦/ ٢٢٠).
قال البهوتي: «لفظه لفظ الخبر، والمراد النهي». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٦٠).

(٣) وإليه ذهب المالكية، والشافعية:
قال ابن يونس: «النكاح هاهنا الزنا؛ أي: لا يزني بها إلا زانٍ أو مشرك». «الجامع لمسائل المدونة»، لابن يُونُس (٩/ ٣٣٤).
قال العِمْرَاني: «إذا زنى الرجل بامرأة لم يثبت بهذا الزنا تحريم المصاهرة». «البيان»، للعمراني (٩/ ٢٥٤).

(٤) رواه النسائي (٣٤٦٥)، وقال: الصواب المرسل.

وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ(١).

وَأَمَّا زَوَاجُ الْمُلَاعَنَةِ مِنْ زَوْجِهَا الْمُلَاعِنِ: فَسَنَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ اللِّعَانِ.

[الْفَصْلُ الْخَامِسُ: فِي مَانِعِ الْعَدَدِ]

١٦٤٧ **وَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى جَوَازِ نِكَاحِ أَرْبَعَةٍ مِنَ النِّسَاءِ مَعًا، وَذَلِكَ لِلْأَحْرَارِ مِنَ الرِّجَالِ(٢).

١٦٤٨ وَاخْتَلَفُوا فِي مَوْضِعَيْنِ:

فِي الْعَبِيدِ، وَفِيمَا فَوْقَ الْأَرْبَعِ.

[١٦٤٨/أ] أَمَّا الْعَبِيدُ:

فَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَشْهُورِ عَنْهُ(٣): يَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَرْبَعًا، وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ(٤).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦): لَا يَجُوزُ لَهُ الْجَمْعُ إِلَّا بَيْنَ اثْنَتَيْنِ فَقَطْ.

---

(١) «الإشراف» (٥/ ١٠٦).

(٢) «مختصر القدوري» (ص١٤٩)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٨٩).
«الفواكه الدواني»، للنفراوي (٢/ ٢١)، «الرسالة»، للقيرواني (ص٩٢).
«مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٩٦)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٨٠).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٥٨)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٠٦).

(٣) «الفواكه الدواني»، للنفراوي (٢/ ٢١)، «الرسالة»، للقيرواني (ص٩٢).

(٤) «المحلى» (٩/ ٤٤١).

(٥) قال القدوري: «ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين». «مختصر القدوري» (ص١٤٩)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ١٢٤).

(٦) قال الشربيني: «ويحلُّ للعبد امرأتان فقط؛ لأنَّ الحَكَم بن عتيبة نقل إجماع الصحابة فيه». «مغني المحتاج» (٤/ ٢٩٦)، «النجم الوهاج في شرح المنهاج»، للدميري (٧/ ١٦٩).
قال البهوتي: «ولا لعبد جمع أكثر من اثنتين؛ أي: زوجتين». «دقائق أولي النهى» (٢/ ٦٥٩)، «منتهى الإرادات»، لابن النجار (٤/ ٩٠).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلِ الْعُبُودِيَّةُ لَهَا تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِ هَذَا الْعَدَدِ، كَمَا لَهَا تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِ نِصْفِ الْحَدِّ الْوَاجِبِ عَلَى الْحُرِّ فِي الزِّنَى، وَكَذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ عِنْدَ مَنْ رَأَى ذَلِكَ؟

[١٦٤٨/ب] وَذَاكَ: أَنَّ الْمُسْلِمِينَ اتَّفَقُوا عَلَى تَنْصِيفِ حَدِّهِ فِي الزِّنَى(١)؛ أَعْنِي: أَنَّ حَدَّهُ نِصْفُ حَدِّ الْحُرِّ، وَاخْتَلَفُوا فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

[١٦٤٨/ج] وَأَمَّا مَا فَوْقَ الْأَرْبَعِ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْخَامِسَةُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ**﴾ [النساء: ٣].

وَلِمَا رُوِيَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**أَنَّهُ قَالَ لِغَيْلَانَ لَمَّا أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ: أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ**»(٢).

---

(١) قال القدوري: «إن كان عبدًا جلده خمسين وكذلك الأمة». «مختصر القدوري» (ص١٩٥ ـ ١٩٦)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٣٤٢).

قال الدسوقي: «(قوله: بالرق)؛ أي: ذَكَرًا كان الرقيق أو أنثى؛ فيلزم كلًّا منهما خمسون جلدة إذا زنى. (قوله: وإن قل)؛ أي: الرق في تلك الرقبة. (قوله: فإذا عتق)؛ أي: الزوج الذكر المكلف المسلم (قوله: وزوجته مطيقة)؛ أي: حرة مسلمة مطيقة. (قوله: وأصابها)؛ أي: بعد عتقه». «حاشية الدسوقي» (٤/ ٣٢١). «التاج والإكليل» (٨/ ٣٩٧).

قال الشربيني: «وحدُّ غير الحر من العبد أو غيره إذا كان مكلفًا: خمسون جلدة». «مغني المحتاج» (٥/ ٤٥٠)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤/ ١٧٤).

قال البهوتي: «وإن كان الزاني رقيقًا ذكرًا أو أنثى، فحده خمسون جلدة». «كشاف القناع» (٦/ ٩٣)، «الشرح الكبير على متن المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (١٠/ ١٧٠، ١٧١).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥٨٦)، ومن طريقه: الشافعي في «الأم» (٦/ ١٣١، ٤٢٠)، (٩/ ٢٥٥)، وسعيد بن منصور (١٨٦٨)، والطحاوي (٣/ ٢٥٣)، وابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٠٠)، والدارقطني (٣/ ٢٧٠)، والبيهقي (٧/ ١٨٢)، وفي «معرفة السُّنن» (١٠/ ١٣٦)، والخطيب في «الأسماء المبهمة» (ص٣٦٢).

قال الطحاوي: هذا هو أصل هذا الحديث، كما رواه مالك، عن الزهري، وكما رواه =

= عبد الرزاق، وابن عيينة، عن معمر، عن الزهري.
وقال ابن أبي حاتم: قال أبو زرعة: «مُرسَل أصحُّ».
وقال ابن عبد البر في «التمهيد» (١٢/ ٥٤): «أخطأ فيه يحيى بن سلام على مالك، ولم يتابَع عنه على ذلك».
ورواه يونس بن يزيد الأَيْلي؛ واختلف عنه:
فقال عثمان بن عمر العبدي: أنبأ يونس، عن الزهري عن محمد بن أبي سويد: أنَّ رسول الله ﷺ قال لغيلان...
أخرجه البيهقي (٧/ ١٨٢).
وقال ابن وهب: عن يونس، عن الزهري، عن عثمان بن محمد بن أبي سويد.
أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٧٠).
وقال الليث بن سعد: ثنا يونس، عن الزهري قال: بلغني عن عثمان بن أبي سويد.
أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٧٠).
• وقال عُقيل بن خالد الأيلي: عن الزهري، قال: بلغنا عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، قال: بلغنا أنَّ رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة...
أخرجه الطحاوي (٣/ ٢٥٣)، والبيهقي (٧/ ١٨٢)، من طرقٍ، عن أبي صالح عبد الله بن صالح المصري كاتب الليث، ثني الليث، ثني عُقَيل به.
قال الطحاوي: «فبيَّن عُقَيل في هذا عن الزهري مخرج هذا الحديث، وأنه إنما أخذه عما بلغه عن عثمان بن محمد، عن النبي ﷺ، فاستحال أن يكون الزهري عنده في هذا شيء عن سالم عن أبيه، فيدع الحُجَّة به، ويحتجُّ بما بلغه عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، عن النبي ﷺ».
وأجاب ابن القطان الفاسي عن هذا الذي ذكره الطحاوي؛ فقال: «ولا بُعد في أن يكون عند الزهري في هذا كل ما روي عنه، وإنما اتجهت تخطئتهم رواية معمر هذه من حيث الاستبعاد أن يكون الزهري يرويه بهذا الإسناد الصحيح، عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ، ثم يحدِّث به على تلك الوجوه الواهية.
تارةً يرسله من قِبَلِه.
وتارةً عن عثمان بن محمد بن أبي سويد.
وتارةً يقول: بلغنا عن عثمان هذا.
وتارةً عن محمد بن سويد الثقفي.
وهذا عندي غير مستبعد أن يحدث به على هذه الوجوه كلها، فيعلق كل واحد من =

وَقَالَتْ فِرْقَةٌ: يَجُوزُ تِسْعٌ[١].

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مَنْ أَجَازَ التِّسع، ذَهَبَ مَذْهَبَ الْجَمْعِ فِي الْآيَةِ الْمَذْكُورَةِ - أَعْنِي: جَمْعَ الْأَعْدَادِ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

[الْفَصْلُ السَّادِسُ: فِي مَانِعِ الْجَمْعِ]

١٦٤٩ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ بِعَقْدِ نِكَاحٍ[٢]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣].

١٦٥٠ وَاخْتَلَفُوا فِي الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ، وَالْفُقَهَاءُ عَلَى مَنْعِهِ[٣]،

= الرواة عنه منها بما تيسر له حفظه، فربما اجتمع كل ذلك عند أحدهم أو أكثره أو أقله». «الوهم والإيهام» (٣/ ٤٩٨).

(١) قال الماوردي: «وحكي عن القاسم بن إبراهيم، ومن نسب إلى مقالته من القاسمية وطائفة من الزائدية: أنه يحل له نكاح تسع... بواو الجمع، والمثنى مبدل من اثنين، والثلاث مبدل من ثلاث، والرباع مبدل من أربع، فصار مجموع الاثنين والثلاث والأربع تسعًا». «الحاوي الكبير» (٩/ ١٦٦).

(٢) «مختصر القدوري» (ص١٤٥)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٨٧).
«الشرح الكبير»، للدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٥٣)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٧٠).
«الأم»، للشافعي (٥/ ١٦٠)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٩٥).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٥٤)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٩٧).

(٣) وهو مذهب الجمهور:
قال القدوري: «ولا يجمع بين أختين بنكاح ولا بملك يمين وطئًا». «مختصر القدوري» (ص١٤٥)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٨٧).
قال الدردير: «كوطئهما؛ أي: الثنتين بالملك فيحرم، وأما جمعهما في الملك لا الوطء، بل للخدمة أو إحداهما لها والثانية للوطء، فلا يحرم». «الشرح الكبير» (٢/ ٢٥٢)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٣/ ٣٧١).
قال الشربيني: «ومن حرم جمعهما بنكاح حرم جمعهما أيضًا في الوطء بملك أو ملك ونكاح، وإن لم يعلم من كلامه، لأنه إذا حرم العقد، فلأن يحرم الوطء أولى؛ لأنَّه أقوى». «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٩٥)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٧٩).
قال البهوتي: «يحرم لأجل الجمع، فيحرم الجمع بين أختين من نسب أو رضاع حرَّتين =

وَذَهَبَتْ طَائِفَةٌ إِلَى إِبَاحَةِ ذَلِكَ(١).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ عُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، لِعُمُومِ الِاسْتِثْنَاءِ فِي آخِرِ الْآيَةِ، وَهُوَ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وَذَلِكَ: أَنَّ هَذَا الِاسْتِثْنَاءَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَعُودَ لِأَقْرَبِ مَذْكُورٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَعُودَ لِجَمِيعِ مَا تَضَمَّنَتْهُ الْآيَةُ مِنَ التَّحْرِيمِ؛ إِلَّا مَا وَقَعَ الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِيهِ، فَيَخْرُجُ مِنْ عُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ مِلْكُ الْيَمِينِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَعُودَ إِلَّا إِلَى أَقْرَبِ مَذْكُورٍ، فَيَبْقَى قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ عَلَى عُمُومِهِ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ عَلَّلْنَا ذَلِكَ بِعِلَّةِ الْأُخُوَّةِ أَوْ بِسَبَبٍ مَوْجُودٍ فِيهِمَا.

[١٦٥٠/...] **وَاخْتَلَفَ** الَّذِينَ قَالُوا بِالْمَنْعِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ إِذَا كَانَتْ إِحْدَاهُمَا بِنِكَاحٍ وَالْأُخْرَى بِمِلْكِ يَمِينٍ:

فَمَنَعَهُ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣).

وَأَجَازَهُ الشَّافِعِيُّ(٤).

١٦٥١ وَكَذَلِكَ اتَّفَقُوا - فِيمَا أَعْلَمُ - عَلَى تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا(٥)، لِثُبُوتِ ذَلِكَ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مِنْ

= كانتا أو أمتين أو حرة وأمة، وسواء قبل الدخول أو بعده». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٥٤)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٩٧).

(١) ينظر: «الإشراف» (٥/ ١٠٠).

(٢) «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٢٥٢)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٣/ ٣٧١).

(٣) «مختصر القدوري» (ص١٤٥)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٨٧).

(٤) المذهب خلاف ما ذكره المؤلف.
«مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٩٥)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٣/ ٤٢٦).

(٥) حكى الإجماع: ابن عبد البر «الاستذكار» (٥/ ٤٥٢)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ١٤).

حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ[(١)]، وَتَوَاتُرِهِ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مِنْ أَنَّهُ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا**».

١٦٥٢ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْعَمَّةَ - هَا هُنَا - هِيَ كُلُّ أُنْثَى هِيَ أُخْتٌ لِذَكَرٍ لَهُ عَلَيْكَ وِلَادَةٌ، إِمَّا بِنَفْسِهِ، وَإِمَّا بِوَاسِطَةِ ذَكَرٍ آخَرَ[(٢)]، وَأَنَّ الْخَالَةَ: هِيَ كُلُّ أُنْثَى هِيَ أُخْتٌ لِكُلِّ أُنْثَى لَهَا عَلَيْكَ وِلَادَةٌ، إِمَّا بِنَفْسِهَا، وَإِمَّا بِتَوَسُّطِ أُنْثَى غَيْرِهَا، وَهُنَّ الْحُرَّاتُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ[(٣)].

---

(١) رواه البخاري (٥١٠٩)، ومسلم (١٤٠٨/ ٣٣).

(٢) قال العيني: «(وتدخل فيها)؛ أي: في حرمة الآية (العمَّات المتفرقات)؛ أي: العمَّة لأب وأم، والعمَّة لأب دون أم، والعمة لأم دون أب». «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢١)، «العناية شرح الهداية» (٣/ ٢٠٩).
قال الدردير: «وحرم... وأول فصل فقط من كل أصل من جهة الأب أو الأم؛ كالأعمام والعمَّات، والأخوال والخالات، وعم الأب أو عمته، وإن علا». «الشرح الصغير» (٢/ ٤٠٣).
قال الشربيني: «وأشار لضابط العمة بقوله: كل من هي أخت ذكر ولدك بلا واسطة، فعمتك حقيقة أو بواسطة كعمة أبيك فعمتك مجازًا، وقد تكون العمة من جهة الأم كأخت أبي الأم». «مغني المحتاج» (٤/ ٢٨٩)، «السراج الوهاج»، للغمراوي (ص٣٧٣).
قال البهوتي: «والعمة من كل جهة... وإن علتا؛ أي: العمة والخالة كعمة أبيه وعمة أمه... وعمة العم لأب لأنها عمة أبيه، ولا تحرم عمة العم لأم؛ بأن يكون للعم أخي أبيه لأمه عمة فلا تحرم على ابن أخيه». «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٥١)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٨٩).

(٣) قال العيني: «(والخالات المتفرقات)؛ أي: الخالة لأب وأم، والخالة لأب دون أم، والخالة لأم دون أم والخالة لأم دون أب، وكذا خالات آبائه وأمهاته.
وأما خالة الخالة، وإن كانت الخالة القربى خالة لأب وأم، أو لأم فخالتها تحرم عليه، وإن كانت القربى خالة لأب فخالتها لا تحرم عليه، لأنَّ أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الأم لا أم أمه، فأختها امرأة أب الأب وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه». «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢١)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٢).
قال الدردير: «وحرم... وأول فصل فقط من كل أصل من جهة الأب أو الأم... والأخوال والخالات... وخال الأم أو خالتها وإن علت، دون بنيهم فتحل بنت العم =

١٦٥٣ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلْ هَذَا مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ، أَمْ هُوَ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ؟

وَالَّذِينَ قَالُوا: هُوَ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ، اخْتَلَفُوا أَيُّ عَامٍّ هُوَ الْمَقْصُودُ بِهِ؟

فَقَالَ قَوْمٌ ـ وَهُمُ الْأَكْثَرُ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: هُوَ خَاصٌّ أُرِيدَ بِهِ الْخُصُوصُ فَقَطْ، وَأَنَّ التَّحْرِيمَ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِ مَنْ نُصَّ عَلَيْهِ.

وَقَالَ قَوْمٌ[(١)]: هُوَ خَاصٌّ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْعُمُومُ، وَهُوَ الْجَمْعُ بَيْنَ كُلِّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا رَحِمٌ مُحَرَّمَةٌ أَوْ غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ، فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ عِنْدَ هَؤُلَاءِ بَيْنَ ابْنَتَيْ عَمٍّ أَوْ عَمَّةٍ، وَلَا بَيْنَ ابْنَتَي خَالٍ أَوْ خَالَةٍ، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبِنْتِ عَمِّهَا أَوْ بِنْتِ عَمَّتِهَا، أَوْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بِنْتِ خَالَتِهَا.

وَقَالَ قَوْمٌ[(٢)]: إِنَّمَا يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ كُلِّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ مُحَرِّمَةٌ؛ أَعْنِي: لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى لَمْ يَجُزْ لَهُمَا أَنْ يَتَنَاكَحَا.

= أو العمة وبنت الخال أو الخالة». «الشرح الصغير»، للدردير (٢/ ٤٠٣).

قال الشربيني: «وأشار لضابط العمة بقوله: كل من هي أخت ذكر ولَدَكَ بلا واسطة فعمتك حقيقة أو بواسطة كعمَّة أبيك فعمتك مجازًا، وقد تكون العمة من جهة الأم كأخت أبي الأم». «مغني المحتاج» (٤/ ٢٨٩)، «السراج الوهاج»، للغمراوي (ص٣٧٣).

قال البهوتي: «والخالة حقيقة أو مجازًا، كعمَّات آبائهم وخالاتهم؛ أي: خالات الآباء وإن علوا... وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب أو رضاع». «كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٧٤)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٩٧).

(١) وهو مذهب الحنابلة: قال البهوتي: «ويكره للرجل أن يجمع بين بنتي عمَّيه أو بنتي عمَّتيه أو بنتي خاليه أو بنتي خالتيه أو يجمع بين بنت عمه وبنت عمته أو يجمع بين بنت خاله وبنت خالته». «كشاف القناع» (٥/ ٧٦)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٩٩).

(٢) وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية:

قال القدوري: «ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما رجلًا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى». «مختصر القدوري» (ص١٤٥)، «اللباب في شرح الكتاب»، للميداني الحنفي (٣/ ٦). =

وَمِنْ هَؤُلَاءِ مَنِ اشْتَرَطَ فِي هَذَا الْمَعْنَى أَنْ يُعْتَبَرَ هَذَا مِنَ الطَّرَفَيْنِ جَمِيعًا - أَعْنِي: إِذَا جُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى، فَلَمْ يَجُزْ لَهُمَا أَنْ يَتَنَاكَحَا؛ فَهَؤُلَاءِ لَا يَحِلُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا.

وَأَمَّا إِنْ جُعِلَ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ذَكَرٌ يَحْرُمُ التَّزْوِيجُ؛ وَلَمْ يَحْرُمْ مِنَ الطَّرَفِ الْآخَرِ؛ فَإِنَّ الْجَمْعَ يَجُوزُ، كَالْحَالِ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ امْرَأَةِ الرَّجُلِ وَابْنَتِهِ مِنْ غَيْرِهَا[1]، فَإِنَّهُ إِنْ وَضَعْنَا الْبِنْتَ ذَكَرًا لَمْ يَحِلَّ نِكَاحُ الْمَرْأَةِ مِنْهُ؛ لِأَنَّهَا زَوْجُ أَبِيهِ، وَإِنْ جَعَلْنَا الْمَرْأَةَ ذَكَرًا حَلَّ لَهَا نِكَاحُ ابْنَةِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ ابْنَةَ الْأَجْنَبِيِّ، وَهَذَا الْقَانُونُ هُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ أَصْحَابُ مَالِكٍ، وَأُولَئِكَ يَمْنَعُونَ الْجَمْعَ بَيْنَ زَوْجِ الرَّجُلِ وَابْنَتِهِ مِنْ غَيْرِهَا.

[الْفَصْلُ السَّابِعُ: فِي مَوَانِعِ الرِّقِّ]

١٦٥٤ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَنْكِحَ الْأَمَةَ[2][3]، وَلِلْحُرَّةِ أَنْ

= قال ابن أبي زيد: «وإن كانت خالتها أخت أمها لأمها فذلك جائز؛ لأنها أجنبية، لو كانت إحداهما رجلًا حلت له الأخرى». «النوادر والزيادات» (٤/ ٥١٦)، «التبصرة» (٥/ ٢٠٦٩).
قال العمراني: «كل امرأتين لو قُلبت كل واحدة منهما ذكرًا، لم يجز له التزوج بالأخرى بالنسب، فوجب أن لا يجوز الجمع بينهما في النكاح كالأختين». «البيان» (٩/ ٢٤٤).

(١) «مختصر القدوري» (ص١٤٥)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٨٧).
«النوادر والزيادات»، لأبي زيد القيرواني (٤/ ٥١٥).
«البيان»، للعمراني (٩/ ٢٤٤).

(٢) قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١١٧): «وأجمعوا أنَّ الحر المسلم، العفيف، العاقل، البالغ، غير المحجور عليه، والعبد المسلم، العفيف، العاقل، البالغ، إذا خشي العنت، ولم يجد حرة يرضى نكاحها لعدم طَولهما، وأذن للعبد سيده في النكاح، وتولى سيده عقدة إنكاحه، وفوّض العبد ذلك إليه، فإنَّ لكل واحد منهما أن ينكح أمة مسلمة، بالغة، عفيفة، عاقلة، بإذن سيده في ذلك وإنكاحه لها».
وقال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/ ٤٤٩): : «ولا خلاف في أنَّ طَوْل الحرة لا يمنع العبد من نكاح الأَمَة».
وقال أيضًا: «فإن نكاح الأمة في حال طَوْل الحرة في حق العبد جائز بالإجماع».

(٣) «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٣١٩)، «البحر الرائق» (٣/ ١٤١). =

تَنْكِحَ الْعَبْدَ إِذَا رَضِيَتْ بِذَلِكَ هِيَ وَأَوْلِيَاؤُهَا[(١)(٢)]

١٦٥٥ وَاخْتَلَفُوا فِي نِكَاحِ الْحُرِّ الْأَمَةَ:

فَقَالَ قَوْمٌ: يَجُوزُ بِإِطْلَاقٍ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ[(٣)].

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ: عَدَمِ الطَّوْلِ، وَخَوْفِ الْعَنَتِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ[(٤)]، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ[(٥)]، وَالشَّافِعِيِّ[(٦)].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ، فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَن لَّمْ

= «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٠٦)، «التبصرة» (٤/ ١٨٨٣).
«مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٢٨٢)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٦٨).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٦٣)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١١٦).

(١) وحكاه عنه ابن قاسم في «حاشية الروض المربع» (٦/ ٣٠٩).
انظر: «المحلى» (٩/ ٣٥٦)، «المبسوط» (٥/ ٢٦)، «الهداية» (١/ ٢٣٧)، «التنبيه»، للشيرازي (ص١٥٩)، «البيان» (٩/ ١٩٧).

(٢) قال الحصكفي: «والكفاءة هي حق الولي لا حقها، فلو نكحت رجلًا ولم تعلم فإذا هو عبد، لا خيار لها، بل للأولياء». «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٣/ ٨٥).
قال الدردير: «(ولعبد)؛ أي: جاز له تزوج ابنة سيده برضاها ورضا السيد، وكذا بنت سيدته بثقل ـ بكسر المثلثة وفتح القاف ـ ضد الخفة، أي: بكراهة، إذْ هو ليس من مكارم الأخلاق». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦ ـ ٢٦٢١)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ١٢٦).
قال العِمْرَاني: «وليس للولي أن يزوج المرأة من غير كفء إلا برضاها ورضا سائر الأولياء». «البيان»، للعمراني (٩/ ١٩٤)، «المجموع» (١٦/ ١٧٨).
قال البهوتي: «لا يكون العبد ولا المُبَعَّض كفئًا لحرة ولو كانت عتيقة؛ لأنه منقوص بالرق، ممنوع من التصرف في كسبه، غير مالك له؛ ولأن ملك السيد لرقبته يشبه ملك البهيمة، فلا يساوي الحرة لذلك، والعتيق كله كفء للحرة». «كشاف القناع» (٥/ ٦٨)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٨٥).

(٣) «المدونة»، للإمام مالك (٢/ ١٣٧).

(٤) «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٠٥).

(٥) «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٢٦٧).

(٦) «تحفة المحتاج» (٧/ ٣١٥ ـ ٢٣٠)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٨٤).

يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ﴾ [النساء: ٢٥] الْآيَةَ، لِعُمُومِ قَوْلِهِ: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَالصَّٰلِحِينَ﴾ [النور: ٣٢] الْآيَةَ.

وَذَلِكَ أَنَّ مَفْهُومَ دَلِيلِ الْخِطَابِ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ الْآيَةَ، يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَحِلُّ نِكَاحُ الْأَمَةِ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: عَدَمُ الطَّوْلِ إِلَى الْحُرَّةِ.

وَالثَّانِي: خَوْفُ الْعَنَتِ.

وقَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ يَقْتَضِي بِعُمُومِهِ إِنْكَاحَهُنَّ مِنْ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ، وَاحِدًا كَانَ الْحُرُّ أَوْ غَيْرَ وَاحِدٍ، خَائِفًا لِلْعَنَتْ أَوْ غَيْرَ خَائِفٍ.

لَكِنَّ دَلِيلَ الْخِطَابِ أَقْوَى هَا هُنَا - وَاللهُ أَعْلَمُ - مِنَ الْعُمُومِ، لِأَنَّ هَذَا الْعُمُومَ لَمْ يُتَعَرَّضْ فِيهِ إِلَى صِفَاتِ الزَّوْجِ الْمُشْتَرَطَةِ فِي نِكَاحِ الْإِمَاءِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ بِهِ الْأَمْرُ بِإِنْكَاحِهِنَّ وَأَلَّا يُجْبَرْنَ عَلَى النِّكَاحِ، وَهُوَ أَيْضًا مَحْمُولٌ عَلَى النَّدْبِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ إِرْقَاقِ الرَّجُلِ وَلَدَهُ.

١٦٥٦ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعَيْنِ مَشْهُورَيْنِ؛ أَعْنِي: الَّذِينَ لَمْ يُجِيزُوا النِّكَاحَ إِلَّا بِالشَّرْطَيْنِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِمَا:

[١٦٥٦/أ] أَحَدُهُمَا: إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ: هَلْ هِيَ طَوْلٌ، أَوْ لَيْسَتْ بِطَوْلٍ؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هِيَ طَوْلٌ(١).

وَقَالَ غَيْرُهُ: لَيْسَتْ بِطَوْلٍ(٢).

وَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ الْقَوْلَانِ(٣).

[١٦٥٦/ب] وَالْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: هَلْ يَجُوزُ لِمَنْ وُجِدَ فِيهِ هَذَانِ الشَّرْطَانِ نِكَاحُ أَكْثَرَ مِنْ أَمَةٍ وَاحِدَةٍ: ثَلَاثٌ أَوْ أَرْبَعٌ أَوْ ثِنْتَانِ؟

---

(١) «البحر الرائق» (٣/ ١١٢)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١١١).

(٢) كما قال الشارح مذهب الجمهور، وقد تقدم مذاهبهم.

(٣) «مواهب الجليل»، للحطاب (٣/ ٤٧٣)، «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب»، لخليل (٤/ ٦٤).

فَمَنْ قَالَ: إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ، فَلَيْسَ يَخَافُ الْعَنَتَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ عَزَبٍ، قَالَ: إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ لَمْ يَجُزْ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ(١).

وَمَنْ قَالَ: خَوْفُ الْعَنَتِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بِإِطْلَاقٍ، سَوَاءٌ كَانَ عَزَبًا أَوْ مُتَأَهِّلًا، لِأَنَّهُ قَدْ لَا تَكُونُ الزَّوْجَةُ الْأُولَى مَانِعَةً مِنَ الْعَنَتِ، وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى حُرَّةٍ تَمْنَعُهُ مِنَ الْعَنَتِ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً، لِأَنَّ حَالَهُ مَعَ هَذِهِ الْحُرَّةِ فِي خَوْفِ الْعَنَتِ كَحَالِهِ قَبْلَهَا، وَبِخَاصَّةٍ إِذَا خَشِيَ الْعَنَتَ مِنَ الْأَمَةِ الَّتِي يُرِيدُ نِكَاحَهَا(٢).

وَهَذَا بِعَيْنِهِ السَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ يَنْكِحُ أَمَةً ثَانِيَةً عَلَى الْأَمَةِ الْأُولَى أَوْ لَا يَنْكِحُهَا؟

وَذَلِكَ: أَنَّ مَنِ اعْتَبَرَ خَوْفَ الْعَنَتِ مَعَ كَوْنِهِ عَزَبًا إِذْ كَانَ الْخَوْفُ عَلَى الْعَزَبِ أَكْثَرَ، قَالَ: لَا يَنْكِحُ أَكْثَرَ مِنْ أَمَةٍ وَاحِدَةٍ، وَمَنِ اعْتَبَرَهُ مُطْلَقًا، قَالَ: يَنْكِحُ أَكْثَرَ مِنْ أَمَةٍ وَاحِدَةٍ(٣)، وَكَذَلِكَ يَقُولُ إِنَّهُ يَنْكِحُ عَلَى الْحُرَّةِ.

---

(١) وهو مذهب الحنفية، والشافعية:
قال الكاساني: «ومنها: أن لا يكون تحته حرة هو شرط جواز نكاح الأمة، فلا يجوز نكاح الأمة على الحرة». «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٦٦).
قال الجُوَيني: «لو كان للرجل حرة منكوحة، وهي غائبة عنه، وهو يخاف على نفسه العنت، ولا يتوصل إلى الحرة لعائقٍ ناجز، فليس له أن ينكح أمة؛ فإنَّ الأمة لا سبيل إلى إدخالها على نكاح حرة ـ إذا كان صاحب الواقعة حُرًّا، فإن أراد التوصل إلى نكاح أمة، فليطلِّق الحرة». «نهاية المطلب» (١٢/ ٢٥٨).

(٢) وهو مذهب المالكية، والحنابلة:
قال الدَّردير: «أو تحته حرة لا تكفه؛ أي: جنسها الصادق بالمتعدد؛ فيجوز له تزوج الأمة بالشرطين». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٢)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).
قال البهوتي: «وكذا له أن يتزوج أمة على حرة لم تعفَّه الحرة بشرطه بأن لا يجد طَوْلًا لنكاح حرة؛ لعموم الآية». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٦٢)، «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٥/ ١١٤).

(٣) ذهب الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة) إلى جواز أكثر من أَمَة، ومنعه الشافعية: «بدائع الصنائع»، للكاساني (٢/ ٢٦٧). =

وَاعْتِبَارُهُ مُطْلَقًا فِيهِ نَظَرٌ.

[١٦٥٦/ج] وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَى الْحُرَّةِ أَمَةً، فَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَهَلْ لَهَا الْخِيَارُ فِي الْبَقَاءِ مَعَهُ، أَوْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ؟

اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ(١).

[١٦٥٦/د] وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَجَدَ طَوْلًا بِحُرَّةٍ: هَلْ يُفَارِقُ الْأَمَةَ أَمْ لَا(٢)؟

[١٦٥٦/هـ] وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ إِذَا ارْتَفَعَ عَنْهُ خَوْفُ الْعَنَتِ أَنَّهُ لَا يُفَارِقُهَا ـ أَعْنِي: أَصْحَابَ مَالِكٍ(٣).

١٦٥٧ **وَاتَّفَقُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تَنْكِحَ الْمَرْأَةُ مَنْ مَلَكَتْهُ(٤)، وَأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ زَوْجَهَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ(٥).

= «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٠٦).
«الحاوي الكبير» (٩/ ٢٣٩).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٦٢)، «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٥/ ١١٤).

(١) «النوادر والزيادات» (٤/ ٥٢١).

(٢) قال ابن الحاجب: «وإذا تزوج الحر الحرة على الأمة لم يفسخ نكاح الأمة، على الأصحِّ». «جامع الأمهات» (ص٢٦٧).
قال النووي: «الأصح: أنه لا ينفسخ، كما قال ابن الصباغ، كالحر، إذا وجد الطَّول بعد نكاح الأمة». «روضة الطالبين» (٥/ ٤٤٨).
قال البهوتي: «ثم إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح الإماء؛ بأن كان حرًّا واجد الطَّول أو غير خائف العنت فرِّق بينهما، لظهور بطلان النكاح لفقد شرطه». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٧٠ ـ ٦٧١). «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٣٣).

(٣) «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٠٥ ـ ٧٠٦).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٦٢)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٦٠)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٥١٦)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ٩٠)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (١٢/ ١٠٥)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٤/ ٥٣٩).

(٥) قال القدوري: «وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصًا منها أو ملكت المرأة زوجها =

[الْفَصْلُ الثَّامِنُ: فِي مَانِعِ الْكُفْرِ]

١٦٥٨ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَنْكِحَ الْوَثَنِيَّةَ(١)(٢)، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠].

= أو شقصًا منه وقعت الفرقة بينهما». «مختصر القدوري» (ص١٥٨)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٣١).

قال مالك: «يفسد النكاح فيما بينهما إذا ملك أحدهما من صاحبه قليلًا أو كثيرًا، وسواء إن ملك أحدهما صاحبه بميراث أو شراء أو صدقة أو هبة أو وصية، كل ذلك يفسد ما بينهما من النكاح... ذلك فسخ... ولا يكون طلاقًا». ينظر: «المدونة»، للإمام مالك (٢/ ١٧٤).

قال الرملي: «ولا تنكح المرأة من تملكه، أو بعضه ملكًا تامًّا لتضاد أحكامهما هنا أيضًا؛ لأنها تطالبه بالسفر للشرق، لأنه عبْدُها وهو يطالبها به للغرب؛ لأنها زوجته، وعند تعذر الجمع يسقط الأضعف». «نهاية المحتاج»، للرملي (٦/ ٢٨٤)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣١٥).

قال ابن قدامة: «إن ملكت المرأة زوجها، أو جزءًا منه، أو ملك الرجل زوجته أو جزءًا منها انفسخ النكاح». «الكافي في فقه الإمام أحمد» (٣/ ٣٥)، «الشرح الكبير على المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (٢٠/ ٣٧٧).

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٦١)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧)، والماوردي في «الحاوي» (١١/ ١٠٩)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٩٥)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٧)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٤٧)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ٤٤)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٨٢)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٤/ ٥٤٢).

(٢) قال الحصكفي: «وحرم نكاح الوثنية بالإجماع». «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٥)، «البحر الرائق» (٤/ ١٣٩).

قال الدردير: «وحرم الكافرة أي وطؤها بملك أو نكاح». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٧)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٢٦).

قال الهيتمي: «يحرم على مسلم وكذا كتابي... نكاح من لا كتاب لها كوثنية؛ أي: عابدة وثن؛ أي: صنم، وقيل: الوثن غير المصوَّر، والصنم المصور، ومجوسية وعابدة نحو شمس وقمر وصورة». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٢)، «مغني المحتاج»، للخطيب الشربيني (٤/ ٣٠٧). =

١٦٥٩ وَاخْتَلَفُوا فِي نِكَاحِهَا بِالْمِلْكِ[١].

١٦٦٠ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الْكِتَابِيَّةَ الْحُرَّةَ[٢]، إِلَّا مَا رُوِيَ فِي

= قال البهوتي: «ومن قال لأمته التي يحل له نكاحها إذا أي وقت القول (لو كانت حرة) لتدخل الكتابية وتخرج المجوسية والوثنية والمعتدة، لعدم حل كل منهن له». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٤٦)، «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٥/ ٧٧).

(١) **لم يختلفوا كما قال المصنف، بل هذا اتفاق بينهم:**
قال الحصكفي: «ولا وطؤها بملك يمين والمجوسية والوثنية». «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٥).
قال الدردير: «وحرم الكافرة أي: وطؤها بملك». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٧)، «منح الجليل» (٣/ ٣٦١).
قال الهيتمي: «كوثنية أي عابدة وثن أي صنم، وقيل: الوثن غير المصور، ...، ومجوسية وعابدة نحو شمس وقمر وصورة، ووطؤها بملك اليمين». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٢)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٩٠).
قال البعلي: «ومن حرم وطؤها بعقد كالمجوسية والوثنية والدرزية ونحوها حرم وطؤها بملك اليمين»: «الروض الندي» (ص٣٦٠)، «كشف المخدرات»، للخلوتي الحنبلي (٢/ ٥٩٥).

(٢) ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى جواز ذلك، وذهب الحنابلة إلى التحريم:
قال ابن نُجيم: «(قوله: وحل تزوج الكتابية)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥] أي: العفائف عن الزنا؛ بيانًا للندب، لا أنَّ العفة فيهن شرط. وعن ابن عمر أنها لا تحل؛ لأنها مشركة؛ لأنهم يعبدون المسيح وعُزيرًا، وحمل المحصنات في الآية على من أسلم منهن». «البحر الرائق» (٣/ ١١٠)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٩).
قال الدردير: «إلا الحرة الكتابية، فيجوز نكاحها للمسلم بكره عند الإمام مالك. وأجازه ابن القاسم بلا كراهة ـ وهو ظاهر الآية». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٣٣).
قال الهيتمي: «وتحل كتابية لمسلم وكتابي وكذا غيرهما». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٢)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٩٠).
قال ابن مفلح: «ويحرم نكاح كافر مسلمة ـ ولو وكيلًا، ونكاح مسلم ـ ولو عبدًا ـ كافرة، إلا حرة كتابية، والأولى تركه». «الفروع وتصحيح الفروع» (٨/ ٢٥٢)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٣٢).

ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ[(١)].

١٦٦١ وَاخْتَلَفُوا فِي إِحْلَالِ الْكِتَابِيَّةِ الْأَمَةِ بِالنِّكَاحِ[(٢)]

١٦٦٢ وَاتَّفَقُوا عَلَى إِحْلَالِهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ[(٣)].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي نِكَاحِ الْوَثَنِيَّاتِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ، مُعَارَضَةُ عُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وَعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] ـ لِعُمُومِ قَوْلِهِ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وَهُنَّ الْمَسْبِيَّاتُ.

[١٦٦٢/...] وَظَاهِرُ هَذَا يَقْتَضِي الْعُمُومَ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُشْرِكَةً أَوْ كِتَابِيَّةً، وَالْجُمْهُورُ عَلَى مَنْعِهَا.

---

(١) رواه البخاري (٥٢٨٥)، عن نافع، أنَّ ابن عمر، كان إذا سُئِل عن نكاح النصرانية واليهودية، قال: إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئًا أكبر من أن تقول المرأة: ربها عيسى! وهو عبد من عباد الله.

(٢) جمهور العلماء يقولون لا يجوز له ذلك. وأبو حنيفة يجيزه.
قال القدوري: «ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية». «مختصر القدوري» (ص١٤٩)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٨٩).
قال الدردير: «(و) غير (أمة كتابية): فلا يصح عقد على أمة كتابية، لما يلزم من استرقاق ولدها لسيدها الكافر». «الشرح الصغير» (٢/ ٣٧٤)، «عيون المسائل»، للقاضي عبد الوهاب (ص٣١٣).
«تحفة المحتاج» (٧/ ٣١٩)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٨٧).
«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٨٤)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ١٤١).

(٣) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦١): «وأجمعوا على وطء إماء أهل الكتاب بملك اليمين».
وقال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٧): «وأجمعوا على أن المسلم يحل له أمته الكتابية، دون المجوسية والوثنية، وسائر أنواع الكفار».
وقال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٨١): «وطء الإماء الكتابيات بملك اليمين أقوى من وطئهن بملك النكاح عند عوامِّ أهل العلم من الأئمة الأربعة وغيرهم، ولم ينقل عن أحد من السلف تحريم ذلك».

وَبِالْجَوَازِ قَالَ طَاوُسٌ(١) وَمُجَاهِدٌ(٢).

وَمِنَ الْحُجَّةِ لَهُمْ: مَا رُوِيَ مِنْ نِكَاحِ الْمَسْبِيَّاتِ فِي غَزْوَةِ أَوْطَاسَ؛ إِذِ اسْتَأْذَنُوهُ فِي الْعَزْلِ فَأَذِنَ لَهُمْ(٣).

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ لِجَوَازِ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّاتِ الْأَحْرَارِ بِالْعَقْدِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بِنَاءُ الْخُصُوصِ عَلَى الْعُمُومِ؛ أَعْنِي: أَنَّ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥] هُوَ خُصُوصٌ، وَقَوْلَهُ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] هُوَ عُمُومٌ، فَاسْتَثْنَى الْجُمْهُورُ الْخُصُوصَ مِنَ الْعُمُومِ.

وَمَنْ ذَهَبَ إِلَى تَحْرِيمِ ذَلِكَ: جَعَلَ الْعَامَّ نَاسِخًا لِلْخَاصِّ، وَهُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ(٤).

وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي إِحْلَالِ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ بِالنِّكَاحِ؛ لِمُعَارَضَةِ الْعُمُومِ فِي ذَلِكَ الْقِيَاسَ، وَذَلِكَ: أَنَّ قِيَاسَهَا عَلَى الْحُرَّةِ يَقْتَضِي إِبَاحَةَ تَزْوِيجِهَا، وَبَاقِي

---

(١) «الإشراف» (٥/ ١٣٢). (٢) «السُّنن الصغير» (٣/ ٤٩).

(٣) المصنف مزج بين حديثين، فساقهما سياقًا واحدًا، فإنّهم في غزوة أوطاس لم يستأذنوه في العزل وإنّما تحرّجوا من وطء السبايا التي لهن أزواج، وأما الإذن في العزل: ففي غزوة بني المصطلق:
فقد روى مسلم (١٢٥/١٤٣٨)، عن أبي سعيد قال: غزونا مع رسول الله ﷺ غزوة المصطلق، فسبينا كرائم العرب، فطالت علينا العزبة، ورغبنا في الفداء، فأردنا أن نستمتع ونعزل، فقلنا: نفعل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا لا نسأله، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: «**لا عليكم أن لا تفعلوا، ما كتب الله خلق نسمة هي كائنة إلى يوم القيامة، إلا ستكون**».
وروى مسلم (٣٣/١٤٥٦)، عن أبي سعيدٍ الخُدْري، أنّ رسول الله ﷺ يوم حُنَين بعث جيشًا إلى أوطاس، فلقوا عدوًّا، فقاتلوهم فظهروا عليهم، وأصابوا لهم سبايا، فكأن ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرَّجوا من غشيانهن، من أجل أزواجهن من المشركين، فأنزل الله ﷻ في ذلك: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]؛ أي: فهن لكم حلالٌ إذا انقضت عدتهن.

(٤) وهم الحنفية. «فواتح الرحموت» (١/ ٣٤٥ ـ ٣٤٩).

الْعُمُوم إِذَا اسْتُثْنِيَ مِنْهُ الْحُرَّةُ يُعَارِضُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُوجِبُ تَحْرِيمَهَا، عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى أَنَّ الْعُمُومَ إِذَا خُصِّصَ بَقِيَ الْبَاقِي عَلَى الْعُمُومِ.

فَمَنْ خَصَّصَ الْعُمُومَ الْبَاقِيَ بِالْقِيَاسِ؛ أَوْ لَمْ يَرَ الْبَاقِيَ مِنَ الْعُمُومِ الْمَخْصُوصِ عُمُومًا، قَالَ: يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ.

وَمَنْ رَجَّحَ بَاقِيَ الْعُمُومِ بِعَدَمِ التَّخْصِيصِ عَلَى الْقِيَاسِ، قَالَ: لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ.

وَهُنَا أَيْضًا سَبَبٌ آخَرُ لِاخْتِلَافِهِمْ: وَهُوَ مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ لِلْقِيَاسِ، وَذَلِكَ أَنَّ قَوْله تَعَالَى: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] يُوجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْغَيْرِ مُؤْمِنَةٍ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ، وَقِيَاسُهَا عَلَى الْحُرَّةِ يُوجِبُ ذَلِكَ، وَالْقِيَاسُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ يَجُوزُ فِيهِ النِّكَاحُ بِالتَّزْوِيجِ، وَيَجُوزُ فِيهِ النِّكَاحُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ، أَصْلُهُ الْمُسْلِمَاتُ.

وَالطَّائِفَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّهُ - ثَمَّ - لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْمُسْلِمَةِ بِالتَّزْوِيجِ إِلَّا بِشَرْطٍ، فَأَحْرَى أَنْ لَا يُجَوَّزَ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ بِالتَّزْوِيجِ.

١٦٦٣ وَإِنَّمَا **اتَّفَقُوا** عَلَى إِحْلَالِهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ[1]؛ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وَلِإِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَنَّ السَّبْيَ يُحِلُّ الْمَسْبِيَّةَ الْغَيْرَ مُتَزَوِّجَةٍ.

١٦٦٤ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي الْمُتَزَوِّجَةِ، هَلْ يَهْدِمُ السَّبْيُ نِكَاحَهَا؟

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦١)، وابن هُبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٧)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٨٠)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٨١).
ذهب الحنفية «بدائع الصنائع» (٣/ ٤٥٩)، ورواية عن الإمام أحمد «الإنصاف» (٨/ ١٣٨)، إلى القول بإباحة عقد النكاح على إماء أهل الكتاب، فتصبح زوجة.
إلا أنَّ الخلّال رد الرواية عن الإمام أحمد؛ وقال: إنما توقف الإمام أحمد فيها، ولم ينفذ له قول، ومذهبه أنها لا تحل. «الإنصاف» (٨/ ١٣٨)، «المغني» (٩/ ٥٥٤).
وهو قول الشعبي، وطاوس، ومجاهد «الاستذكار» (٥/ ٤٩٣).

وَإِنْ هَدَمَ فَمَتَى يَهْدِمُ؟

فَقَالَ قَوْمٌ: إِنْ سُبِيَا مَعًا ـ أَعْنِي: الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ ـ لَمْ يُفْسَخْ نِكَاحُهَا، وَإِنْ سُبِيَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١).

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلِ السَّبْيُ يَهْدِمُ سُبِيَا مَعًا أَوْ سُبِيَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢).

وَعَنْ مَالِكٍ قَوْلَانِ(٣):

أَحَدُهُمَا: أَنَّ السَّبْيَ لَا يَهْدِمُ النِّكَاحَ أَصْلًا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَهْدِمُ بِإِطْلَاقٍ، مِثْلَ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ(٤).

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ هَلْ يَهْدِمُ أَوْ لَا يَهْدِمُ: هُوَ تَرَدُّدُ الْمُسْتَرَقِّينَ الَّذِينَ أَمِنُوا مِنَ الْقَتْلِ بَيْنَ النِّسَاءِ الذِّمِّيِّينَ أَهْلِ الْعَهْدِ؛ وَبَيْنَ الْكَافِرَةِ الَّتِي لَا زَوْجَ لَهَا، أَوِ الْمُسْتَأْجَرَةِ مِنْ كَافِرٍ. وَأَمَّا تَفْرِيقُ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ أَنْ يُسْبَيَا مَعًا، وَبَيْنَ أَنْ يُسْبَى أَحَدُهُمَا: فَلِأَنَّ الْمُؤَثِّرَ عِنْدَهُ فِي الْإِحْلَالِ هُوَ اخْتِلَافُ الدَّارِ بِهِمَا لَا الرِّقُّ، وَالْمُؤَثِّرَ فِي الْإِحْلَالِ عِنْدَ غَيْرِهِ هُوَ الرِّقُّ، وَإِنَّمَا النَّظَرُ هَلْ هُوَ الرِّقُّ مَعَ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ مَعَ عَدَمِ الزَّوْجِيَّةِ؟

[١٦٦٤/...] وَالْأَشْبَهُ أَنْ لَا يَكُونَ لِلزَّوْجِيَّةِ هَا هُنَا حُرْمَةٌ، لِأَنَّ مَحَلَّ الرِّقِّ ـ وَهُوَ الْكُفْرُ ـ سَبَبُ الْإِحْلَالِ.

---

(١) قال المرغيناني: «ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق، وإن سُبِيا معًا لم تقع البينونة». «الهداية» (١/ ٢١٤)، «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣٩).

(٢) قال ابن حَجَر الهيتمي: «وإذا سبي زوجان أو أحدهما انفسخ النكاح بينهما». «تحفة المحتاج» (٩/ ٢٥١ ـ ٢٥٢)، «مغني المحتاج» (٦/ ٤١).

(٣) قال ابن جُزَي: «وإذا سُبي الزوجان معًا أو أحدهما انقطع النكاح وجاز لسيدها وطؤها. وقيل: يثبت نكاحهما». «القوانين الفقهية» (ص٩٩)، «عيون المسائل»، للقاضي عبد الوهاب (ص٢٣٩).

(٤) تقدم.

وَأَمَّا تَشْبِيهُهَا بِالذِّمِّيَّةِ فَبَعِيدٌ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ إِنَّمَا أَعْطَى الْجِزْيَةَ، بِشَرْطِ أَنْ يُقَرَّ عَلَى دِينِهِ فَضْلًا عَنْ نِكَاحِهِ.

[الْفَصْلُ التَّاسِعُ: فِي مَانِعِ الْإِحْرَامِ]

١٦٦٥ وَاخْتَلَفُوا فِي نِكَاحِ الْمُحْرِمِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢)، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٣)، وَأَحْمَدُ(٤): لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، فَإِنْ فَعَلَ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ.

وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَعَلِيٍّ، وَابْنِ عُمَرَ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ(٥)

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٦): لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَعَارُضُ النَّقْلِ فِي هَذَا الْبَابِ، **فَمِنْهَا**: حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَكَحَ مَيْمُونَةَ وَهُوَ مُحْرِمٌ».

وَهُوَ حَدِيثٌ ثَابِتُ النَّقْلِ؛ خَرَّجَهُ أَهْلُ الصَّحِيحِ(٧).

وَعَارَضَهُ أَحَادِيثُ كَثِيرَةٌ عَنْ مَيْمُونَةَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ حَلَالٌ»(٨).

قَالَ أَبُو عُمَرَ(٩): رُوِيَتْ عَنْهَا مِنْ طُرُقٍ شَتَّى، مِنْ طَرِيقِ أَبِي رَافِعٍ، وَمِنْ طَرِيقِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَهُوَ مَوْلَاهَا(١٠)، ....

---

(١) «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٣٤)، «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي»، للدردير (٢/ ٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٢) ينظر: «الأم»، للشافعي (٥/ ٨٤)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٢٥٧).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ١١٤).

(٤) «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (١/ ٥٤٧)، «مطالب أولي النهى» (٢/ ٣٤٤).

(٥) «مختصر خلافيات البيهقي» اللَّخمي الإشبيلي (٣/ ١٨٦).

(٦) «مختصر القدوري» (ص١٤٦)، «المبسوط»، للسرخسي (٤/ ١٩١).

(٧) رواه البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠/ ٤٦).

(٨) رواه مسلم (١٤١١/ ٤٨).

(٩) «الاستذكار» (٤/ ١١٧ ـ ١١٨).

(١٠) رواه مالك في «الموطأ» (١/ ٣٤٨) عن سليمان بن يسار، أن رسول الله ﷺ «بعث =

وَعَنْ يَزِيدَ بْنِ الْأَصَمِّ[١].

وَرَوَى مَالِكٌ أَيْضًا، مِنْ حَدِيثِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، مَعَ هَذَا، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ**»[٢].

فَمَنْ رَجَّحَ حَدِيثَ عثمان، قَالَ: «**لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ**».

وَمَنْ رَجَّحَ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ أَوْ جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَدِيثِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ؛ بِأَنْ حَمَلَ النَّهْيَ الْوَارِدَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ قَالَ: يَنْكِحُ وَيُنْكِحُ.

وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى تَعَارُضِ الْفِعْلِ وَالْقَوْلِ، وَالْوَجْهُ الْجَمْعُ، أَوْ تَغْلِيبُ الْقَوْلِ.

[الْفَصْلُ الْعَاشِرُ: نِكَاحِ الْمَرِيضِ]

الْفَصْلُ الْعَاشِرُ: فِي مَانِعِ الْمَرَضِ:

١٦٦٦ وَاخْتَلَفُوا فِي نِكَاحِ الْمَرِيضِ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ[٤].

وَقَالَ مَالِكٌ - فِي الْمَشْهُورِ عَنْهُ[٥]: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ.

= أبا رافع ورجلًا من الأنصار فزوَّجاه ميمونة بنت الحارث»، ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج.

(١) رواه مسلم (٤٨/١٤١١). (٢) أخرجه مسلم (٤١/١٤٠٩).

(٣) قال ابن نُجَيم: «وجاز تزويج المريض بمهر المثل من جميع ماله». «البحر الرائق» (٨٣/٤)، «العناية شرح الهداية» (٢٣٧/٤).

(٤) قال الشافعي: «ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله تعالى أربعًا وما دونهن، كما يجوز له أن يشتري، فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها، جاز لها من جميع المال وأيتهن زاد على صداق مثلها فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها، وثبت النكاح، وكان لها الميراث». «الأم» (١٠٨/٤)، «العزيز شرح الوجيز»، للرافعي (٥٣/٧).

(٥) قال ابن عبد البر: «لا يجوز نكاح المريض ولا المريضة إن تزوجًا أو تزوج أحدهما، =

[١٦٦٦/أ] وَيَتَخَرَّجُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ: إِنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، أَنَّ التَّفْرِيقَ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَرَدُّدُ النِّكَاحِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَبَيْنَ الْهِبَةِ، وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَا تَجُوزُ هِبَةُ الْمَرِيضِ إِلَّا مِنَ الثُّلُثِ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ.

وَلِاخْتِلَافِهِمْ أَيْضًا سَبَبٌ آخَرُ، وَهُوَ: هَلْ يُتَّهَمُ عَلَى إِضْرَارِ الْوَرَثَةِ بِإِدْخَالِ وَارِثٍ زَائِدٍ أَوْ لَا يُتَّهَمُ؟

وَقِيَاسُ النِّكَاحِ عَلَى الْهِبَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ.

[١٦٦٦/ب] لِأَنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْهِبَةَ تَجُوزُ إِذَا حَمَلَهَا الثُّلُثُ، وَلَمْ يَعْتَبِرُوا بِالنِّكَاحِ هُنَا بِالثُّلُثِ.

وَرَدُّ جَوَازِ النِّكَاحِ بِإِدْخَالِ وَارِثٍ قِيَاسٌ مَصْلَحِيٌّ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ، وَكَوْنُهُ يُوجِبُ مَصَالِحَ لَمْ يَعْتَبِرْهَا الشَّرْعُ إِلَّا فِي جِنْسٍ بَعِيدٍ مِنَ الْجِنْسِ الَّذِي يُرَامُ فِيهِ إِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِالْمَصْلَحَةِ، حَتَّى أَنَّ قَوْمًا رَأَوْا أَنَّ الْقَوْلَ بِهَذَا الْقَوْلِ شَرْعٌ زَائِدٌ، وَإِعْمَالَ هَذَا الْقِيَاسِ يُوهِنُ مَا فِي الشَّرْعِ مِنَ التَّوْقِيفِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ، كَمَا لَا يَجُوزُ النُّقْصَانُ.

وَالتَّوَقُّفُ أَيْضًا عَنِ اعْتِبَارِ الْمَصَالِحِ تَطَرُّقٌ لِلنَّاسِ ـ أَنْ يَتَسَرَّعُوا لِعَدَمِ السُّنَنِ الَّتِي فِي ذَلِكَ الْجِنْسِ ـ إِلَى الظُّلْمِ، فَلْنُفَوِّضْ أَمْثَالَ هَذِهِ الْمَصَالِحِ إِلَى الْعُلَمَاءِ بِحِكْمَةِ الشَّرَائِعِ الْفُضَلَاءِ الَّذِينَ لَا يُتَّهَمُونَ بِالْحُكْمِ بِهَا؛ وَبِخَاصَّةٍ إِذَا فُهِمَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الزَّمَانِ أَنَّ فِي الِاشْتِغَالِ بِظَوَاهِرِ الشَّرَائِعِ؛ تَطَرُّقًا إِلَى الظُّلْمِ، وَوَجْهُ عَمَلِ الْفَاضِلِ الْعَالِمِ فِي ذَلِكَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى شَوَاهِدِ الْحَالِ، فَإِنْ دَلَّتِ

= ومن فعل ذلك مريضًا فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ولا يرث الصحيح منهما المريض إن مات من مرضه ذلك، دَخَلا أو لم يَدْخُلا». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٥٤٨/٢)، «الفواكه الدواني» (٢٩/٢).

قال البهوتي: «ويباح النكاح لمن لا شهوة له كالعِنِّين والمريض». «كشاف القناع» (٧/٥)، «مطالب أولي النهى» (٦/٥).

الدَّلَائِلُ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ بِالنِّكَاحِ خَيْرًا لَا يُمْنَعُ النِّكَاحُ، وَإِنْ دَلَّتْ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ الْإِضْرَارَ بِوَرَثَتِهِ مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ، كَمَا فِي أَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ مِنَ الصَّنَائِعِ يَعْرِضُ فِيهَا لِلصُّنَّاعِ الشَّيْءُ وَضِدُّهُ مِمَّا اكْتَسَبُوا مِنْ قُوَّةِ مِهْنَتِهِمْ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُحَدَّ فِي ذَلِكَ حَدٌّ مُؤَقَّتٌ صِنَاعِيٌّ، وَهَذَا كَثِيرًا مَا يَعْرِضُ فِي صِنَاعَةِ الطِّبِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الصَّنَائِعِ الْمُخْتَلِفَةِ.

[الْفَصْلُ الْحَادِيَ عَشَرَ: فِي مَانِعِ الْعِدَّةِ]

الْفَصْلُ الْحَادِيَ عَشَرَ: فِي مَانِعِ الْعِدَّةِ

١٦٦٧ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَجُوزُ فِي الْعِدَّةِ، كَانَتْ عِدَّةَ حَيْضٍ، أَوْ عِدَّةَ حَمْلٍ، أَوْ عِدَّةَ أَشْهُرٍ[١][٢].

١٦٦٨ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا وَدَخَلَ بِهَا:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]، وَالْأَوْزَاعِيُّ وَاللَّيْثُ[٤]: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]، ....

---

(١) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٣٦)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ٢٣٧)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٧٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣/ ١٨)، وابن حجر في «فتح الباري» (٩/ ٢١٨).

(٢) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٨)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٣٤).
«الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢١٧)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٦٩).
«المجموع شرح المهذب» (١٦/ ٢٤٠)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٢١٠).
ومذهب الحنابلة: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٥٩، ٦٧٠)، «كشاف القناع» (٥/ ٨٢).

(٣) قال الحَطَّاب: «ومن تزوج امرأة في عدتها، فأرخى عليها الستر، ثم فرق بينهما، وتناكرا المسيس جميعًا، فأراد أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها؛ فليس ذلك له، وهي تحرم بالخلوة للأبد انتهى». «مواهب الجليل» (٣/ ٤١٦)، «المعونة على مذهب عالم المدينة»، للقاضي عبد الوهاب (ص٧٩٣).

(٤) «المعاني البديعة»، للريمي (٢/ ٢١٤).

(٥) قال الطحاوي: «قال أصحابنا: إذا تزوج امرأة معتدة من غيره ودخل بها ففرق بينهما؛ =

وَالشَّافِعِيُّ[١]، وَالثَّوْرِيُّ[٢]: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بَيْنَهُمَا فَلَا بَأْسَ فِي تَزْوِيجِهِ إِيَّاهَا مَرَّةً ثَانِيَةً.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ على قَوْلِ الصَّاحِبِ حُجَّةٌ، أَمْ لَيْسَ بِحُجَّةٍ؟

وَذَلِكَ أَنَّ مَالِكًا رَوَى عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ: «أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَرَّقَ بَيْنَ طُلَيْحَةَ الْأَسَدِيَّةِ وَبَيْنَ زَوْجِهَا رَاشِدٍ الثَّقَفِيِّ لَمَّا تَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ مِنْ زَوْجٍ ثَانٍ وَقَالَ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ كَانَ الْآخَرُ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ؛ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ مِنَ الْآخَرِ، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا. قَالَ سَعِيدٌ: وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا»[٣].

[١٦٦٨/...] وَرُبَّمَا عَضَّدُوا هَذَا الْقِيَاسَ بِقِيَاسِ شَبَهٍ ضَعِيفٍ مُخْتَلَفٍ فِي أَصْلِهِ، وَهُوَ أَنَّهُ أَدْخَلَ فِي النَّسَبِ شُبْهَةً فَأَشْبَهَ الْمُلَاعِنَ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ[٤]، ....

= فإنها إذا انقضت عدتها من الأول، فلا بأس على الآخر أن يتزوجها». «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٢٩٩).

(١) قال النووي: «إذا تزوج رجلٌ امرأةً في عدة غيره ووطئها، ففيه قولان.
قال في القديم: تحرم عليه على التأبيد، لما روِّيناه عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ثم لا ينكحها أبدًا، وقال في الجديد: لا تحرم عليه على التأبيد، وإذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها؛ لأنه وطء شبهة، فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطئ على التأبيد في النكاح بلا ولي، فقد روى عن علي كرم الله وجهه، أنه قال: إذا انقضت عدتها، فهو خاطب من الخطاب، فخطب عمر رضي الله عنه وقال: ردوا الجهالات إلى السُّنَّة». «المجموع» (١٨/ ١٩١)، «البيان»، للعمراني (١١/ ١٠١).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ٢٩٩).

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٦)، والشافعي في «الأم» (٦/ ٥٨٩)، وابن أبي شيبة (٥/ ١٧٠)، والبيهقي في «الكبرى» (٧/ ٤٤١)، ورجاله ثقات.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٢٠٨) عن عطاء، أنَّ علي بن أبي طالب: «أتي بامرأةٍ نُكحت =

وَابْنِ مَسْعُودٍ[(١)] مُخَالَفَةُ عُمَرَ فِي هَذَا.

وَالْأَصْلُ: أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ عَلَى ذَلِكَ دَلِيلٌ مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ أَوْ إِجْمَاعٍ مِنَ الْأُمَّةِ.

وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: أَنَّ عُمَرَ كَانَ قَضَى بِتَحْرِيمِهَا، وَكَوْنِ الْمَهْرِ فِي بَيْتِ الْمَالِ، فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا أَنْكَرَهُ فَرَجَعَ عَنْ ذَلِكَ عُمَرُ: وَجَعَلَ الصَّدَاقَ عَلَى الزَّوْجِ، وَلَمْ يَقْضِ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ، رَوَاهُ الثَّوْرِيُّ، عَنْ أَشْعَثَ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ مَسْرُوقٍ[(٢)].

وَأَمَّا مَنْ قَالَ بِتَحْرِيمِهَا بِالْعَقْدِ، فَهُوَ ضَعِيفٌ.

١٦٦٩ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا تُوطَأُ حَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ حَتَّى تَضَعَ[(٣)(٤)]، لِتَوَاتُرِ الْأَخْبَارِ بِذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ.

= في عدتها وبُني بها، ففرق بينهما، وأمرها أن تعتد بما بقي من عدتها الأولى، ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة، فإذا انقضت عدتها، فهي بالخيار، إن شاءت نكحت، وإن شاءت فلا».

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٢٠٨) عن ابن جريج، قال: أخبرت: أنّ ابن مسعود قال فيها قول علي: «تنكحه إن شاءت إذا انقضت عدتها».

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٢١٩ ـ ٢٢٠)، عن مسروق، أنَّ عمر بن الخطاب، رضي الله عنه «رجع عن قوله في الصداق، وجعله لها بما استحل من فرجها».

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٧٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١١١)، وابنُ القيِّم في «زاد المعاد» (٥/ ٧٢٧).

(٤) قال العَيْنِي: «إن تزوج حاملًا من السبي، فالنكاح فاسد، لأنه ثابت النسب» هذا بإجماع الأئمة الأربعة، وكذا المهاجرة إلينا لو كانت حاملًا.
وروى الحسن، عن أبي حنيفة: والمهاجرة والمسبية أنه يجوز نكاحهما، لكن لا يطأهما حتى يضعا حملهما، وإن لم تكن حاملًا فلا يجوز النكاح». «البناية شرح الهداية» (٥/ ٥٨)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ١٩٠).
قال الدَّرْدير: «أو رجعت من سبي بأن سباها الحربي وغاب عليها، ثم رجعت لسيدها أو غنمت من العدو؛ فإنه يجب على الغانم استبراؤها». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٤٩١)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٦٣). =

١٦٧٠ وَاخْتَلَفُوا إِنْ وَطِئَ هَلْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ الْوَلَدُ أَوْ لَا يَعْتِقُ؟ وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ(١).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ مَاؤُهُ مُؤَثِّرٌ فِي خِلْقَتِهِ، أَوْ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ؟

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مُؤَثِّرٌ كَانَ لَهُ ابْنًا بِجِهَةٍ مَا.

وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَيْسَ بِمُؤَثِّرٍ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ أَنَّهُ قَالَ: **«كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ، وَقَدْ غَذَّاهُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ»**(٢).

وَأَمَّا النَّظَرُ فِي مَانِعِ التَّطْلِيقِ ثَلَاثًا، فَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ.

[الْفَصْلُ الثَّانِيَ عَشَرَ: فِي مَانِعِ الزَّوْجِيَّةِ]

وَأَمَّا مَانِعُ الزَّوْجِيَّةِ:

١٦٧١ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ مَانِعَةٌ وَبَيْنَ الذِّمِّيِّينَ(٣).

= «مغني المحتاج» (٥/ ١١٤)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٧٢).
«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٤٣٥)، «المبدع في شرح المقنع» (٧/ ١٠٩).

(١) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٩).
«المدونة»، للإمام مالك (٢/ ٣٨٦).
«الحاوي الكبير» (١١/ ٣٤٩).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦١٦).

(٢) أخرجه الطبراني (٢٢/ ٣٠٢) عن رجاء بن حيوة، عن أبيه، عن جده: «أنَّ جارية من خيبر مرَّت على رسول الله ﷺ وهي مُجِحّ، فقال النبي ﷺ: **لمن هذه؟** قالوا: لفلان، قال: **أيطؤها؟** قيل: نعم، قال: **فكيف يصنع بولدها؟ أيدَّعيه وليس له بولد أم يستعبده وهو يغدو في سمعه وبصره؟ لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه في قبره**».
وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٠٠)، وفيه خارجة بن مصعب، وهو متروكٌ.

(٣) قال السرخسي: «اعلم أنَّ كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين، فهو جائز فيما بين أهل الذمة؛ لأنهم يعتقدون جوازه، ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضًا». «المبسوط» (٥/ ٣٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٨٥). =

[١٦٧١/...] وَاخْتَلَفُوا فِي الْمَسْبِيَّةِ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

١٦٧٢ **وَاخْتَلَفُوا** أَيْضًا فِي الْأَمَةِ إِذَا بِيعَتْ، هَلْ يَكُونُ بَيْعُهَا طَلَاقًا؟ فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ(١).

وَقَالَ قَوْمٌ: هُوَ طَلَاقٌ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ(٢)، وَجَابِرٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ(٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ مَفْهُومِ حَدِيثِ بَرِيرَةَ(٤)؛ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى:

= قال الدَّرْدير: «وأنكحتهم ـ أي: أهل الكتاب من اليهود والنصارى فاسدة، ولو استوفت شروط الصحة في الصورة». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٣٥).

قال الشربيني: «(ونكاح الكفار صحيح على الصحيح)؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩]. . . ولحديث غيلان وغيره ممن أسلم، وتحته أكثر من أربع نسوة، فأمره ﷺ بالإمساك، ولم يسأل عن شرائط النكاح، فلا يجب البحث عن شرائط أنكحتهم؛ فإنه ﷺ أقرهم عليها، وهو ﷺ لا يقر أحدًا على باطل، ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا، ولو أسلموا أقررناه». «مغني المحتاج» (٤/ ٣٢٦)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٩٨).

قال الحَجَّاوي: «نكاح الكفار حكمه حكم نكاح المسلمين؛ فيما يجب به، وتحريم المحرمات، ووقوع الطلاق والظهار والإيلاء، وفي وجوب المهر، والقسم والإباحة للزوج الأول، والإحصان وغير ذلك. فإذا طلق الكافر ثلاثًا ثم تزوجها قبل زوج وإصابة، ثم أسلما لم يقر عليه وإن طلق أقل من ثلاث، ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقه». «الإقناع» (٣/ ٢٠٢)، «الفروع» (٨/ ٢٩٥).

(١) «التجريد»، للقدوري (١٢/ ٦١٨١).
«عيون المسائل»، للقاضي عبد الوهاب (ص٣٢٠).
«نهاية المطلب»، للجويني (١٢/ ١٨٩).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٧٥).

(٢) «الإشراف» (٥/ ٤٠٤).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (٢/ ٦٢) عن أبي بن كعب، أنه قال: «بيع الأمة طلاقها».

(٤) أخرجه البخاري (٢٥٣٦)، ومسلم (١٥٠٤/ ١٠)، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: اشتريت بريرة، فاشترط أهلها ولاءها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «**أعتقيها، فإن الولاء لمن** =

﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وَذَلِكَ: أَنَّ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ يَقْتَضِي الْمَسْبِيَّاتِ وَغَيْرَهُنَّ، وَتَخْيِيرُ بَرِيرَةَ يُوجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ بَيْعُهَا طَلَاقًا، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بَيْعُهَا طَلَاقًا، لَمَا خَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَكَانَ نَفْسُ شِرَاءِ عَائِشَةَ لَهَا طَلَاقًا مِنْ زَوْجِهَا.

وَالْحُجَّةُ لِلْجُمْهُورِ: مَا خَرَّجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ(١)، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ يَوْمَ حُنَيْنٍ سَرِيَّةً، فَأَصَابُوا حَيًّا مِنَ الْعَرَبِ يَوْمَ أَوْطَاسَ، فَهَزَمُوهُمْ وَقَتَلُوهُمْ، وَأَصَابُوا نِسَاءً لَهُنَّ أَزْوَاجٌ، وَكَانَ نَاسٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ تَأَثَّمُوا مِنْ غِشْيَانِهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ، فَأَنْزَلَ اللهُ ﷻ: ﴿وَالْمُحْصَنَٰتُ مِنَ النِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]».

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ أَلْيَقُ بِكِتَابِ الطَّلَاقِ.

فَهَذِهِ هِيَ جُمْلَةُ الْأَشْيَاءِ الْمُصَحِّحَةِ لِلْأَنْكِحَةِ فِي الْإِسْلَامِ، وَهِيَ كَمَا قُلْنَا رَاجِعَةٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَجْنَاسٍ: صِفَةِ الْعَاقِدِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهَا، وَصِفَةِ الْعَقْدِ، وَصِفَةِ الشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ.

وَأَمَّا الْأَنْكِحَةُ الَّتِي انْعَقَدَتْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، ثُمَّ طَرَأَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامُ:

١٦٧٣ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْإِسْلَامَ إِذَا كَانَ مِنْهُمَا مَعًا - أَعْنِي: مِنَ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ، وَقَدْ كَانَ عَقْدُ النِّكَاحِ عَلَى مَنْ يَصِحُّ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ أَنَّ الْإِسْلَامَ يُصَحِّحُ ذَلِكَ(٢)

= **أعطى الورق**»، فأعتقتها، فدعاها النبي ﷺ، فخيَّرها من زوجها، فقالت: لو أعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده، فاختارت نفسها.

(١) ابن أبي شيبة (٣/ ٥٣٦). وأصل الحديث في صحيح مسلم (١٤٥٦/ ٣٣).

(٢) قال الحصكفي: «أسلم المتزوجان بلا سماع شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك أُقِرَّا عليه؛ لأنه أمرنا بتركهم وما يعتقدون». «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٨٦)، «درر الحكام شرح غرر الأحكام» (١/ ٣٥٣).

قال الدَّردير: «أو أسلما معًا قبل البناء أو بعده، فإنه يقر عليها، وهو صادق بالمعية الحقيقية أو الحكمية بأن جاءا إلينا مسلمين؛ أي: لم نطلع عليهما إلا وهما مسلمان، =

١٦٧٤ وَاخْتَلَفُوا فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إِذَا انْعَقَدَ النِّكَاحُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ، أَوْ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْإِسْلَامِ(١).

وَالْمَوْضِعُ الثَّانِي: إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ(٢).

[١٦٧٤/أ] فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: وَهِيَ إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ أَوْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ؛ فَإِنَّ مَالِكًا(٣) قَالَ: يَخْتَارُ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، وَمِنَ الْأُخْتَيْنِ وَاحِدَةً أَيَّتَهُمَا شَاءَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٤).

وَأَحْمَدُ(٥)، ....

= ولو ترتب إسلامهما». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي»، للدردير (٢/ ٢٦٩)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٢٨).

قال الهيتمي: «ولو أسلما معًا قبل وطء أو بعده دام النكاح بينهما إجماعًا، على أي كفر كانا ولتساويهما في الإسلام». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٩)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٩٥).

قال البهوتي: «بيان حكمه وما يقرون عليه لو ترافعوا إلينا أو أسلموا وهو صحيح وحكمه كنكاح المسلمين فيه». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨٢)، «الإنصاف»، للمرداوي (٢١/ ٧).

(١) حكى الإجماع: ابن عبد البر «التمهيد» (١٢/ ٢٣).

(٢) سيذكر المصنف هذه المسألة.

(٣) قال الدردير: «ولو أسلم كافر وتحته نساء كثيرة أو من يحرم جمعهن اختار أربعًا». «الشرح الصغير وحاشية الصاوي» (٢/ ٤٢٤)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٧٢).

(٤) قال الرملي: «(إذا) (أسلم) كافر حر (وتحته أكثر من أربع) من الزوجات الحرائر (وأسلمن معه) ولو قبل وطء (أو) أسلمن قبله ثم أسلم هو، أو عكسه بعد نحو وطء وهن (في العدة، أو كن كتابيات) يحل للمسلم نكاحهن وإن لم يسلمن (لزمه) حتمًا.. (اختيار أربع) ولو ضمنًا بأن يختار الفسخ فيما زاد عليهن». «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٠٢)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٣٧).

(٥) قال البهوتي: «إن أسلم كافر وتحته أكثر من أربعة نسوة، فأسلمن في عدتهن... لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف اختار ـ ولو كان محرمًا أربعًا منهن ـ ولو من ميتات». =

وَدَاوُدُ[(١)].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٣)]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٤)]: يَخْتَارُ الْأَوَائِلَ مِنْهُنَّ فِي الْعَقْدِ، فَإِنْ تَزَوَّجَهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُنَّ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ ـ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[(٥)]: إِذَا أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ فَارَقَهُمَا جَمِيعًا، ثُمَّ اسْتَأْنَفَ نِكَاحَ أَيَّتِهِمَا شَاءَ، وَلَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ غَيْرُهُ. وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلْأَثَرِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ وَرَدَ فِي ذَلِكَ أَثَرَانِ:

أَحَدُهُمَا: مُرْسَلُ مَالِكٍ: «أَنَّ غَيْلَانَ بْنَ سَلَامَةَ الثَّقَفِيَّ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ أَسْلَمْنَ مَعَهُ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا»[(٦)].

= «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨٦)، «مطالب أولي النهى»، للرحيباني (٥/ ١٦٣).

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٩٨).

(٢) قال الحصكفي: «أسلم الكافر وتحته خمس نسوة فصاعدًا... بطل نكاحهن إن تزوجهن بعقد واحد، فإن رتب فالآخِر باطل». «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ٥٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٠٠).

(٣) «الإشراف» (٥/ ٢٥٤)، «الاستذكار» (٦/ ١٩٨).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ١٩٨).

(٥) «الاستذكار» (١٨/ ١٤٤).

(٦) «موطأ مالك» (٥٣٠).

قال الدارقطني في «العلل» (٢٩٩٧):

«يرويه الزهري، واختلف عنه؛

فرواه معمر بالبصرة، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ.

حدَّث به ابن عُليَّة، ومروان بن معاوية، وابن أبي عروبة.

وقيل: عن سفيان الثوري، ويزيد بن زُرَيع، والفضل بن موسى، ويحيى بن أبي كثير، وغندر، عن معمر كذلك.

وخالفهم عبد الرزاق، رواه عن معمر، عن الزهري مرسلًا.

ورواه بحر السقاء، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه.

وكذلك رواه يحيى بن سلام، عن مالك، عن الزهري.

الْحَدِيثُ الثَّانِي: حَدِيثُ قَيْسِ بْنِ الْحَارِثِ: «أَنَّهُ أَسْلَمَ عَلَى الْأُخْتَيْنِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **اخْتَرْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ**»(١).

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الْمُخَالِفُ لِهَذَا الْأَثَرِ: فَتَشْبِيهُ الْعَقْدِ عَلَى الْأَوَاخِرِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ بِالْعَقْدِ عَلَيْهِنَّ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ كَمَا أَنَّ الْعَقْدَ عَلَيْهِنَّ فَاسِدٌ فِي الْإِسْلَامِ، كَذَلِكَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ ضَعْفٌ.

[١٦٧٤/ب] وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ، وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْآخَرُ: فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ.

فَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤): إِنَّهُ إِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَهُ،

= ورواه يونس، عن الزهري: أنه بلغه عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، عن النبي ﷺ مرسلًا.
وقول يونس أشبهها بالصواب.
ورواه سَرّار بْن مُجَشِّر، وهو أبو عبيدة، ثقة، من أهل البصرة، عن أيوب، عن نافع، وسالم، عن ابن عمر؛ أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم، وعنده عشر نسوة، فأمره النبي ﷺ، أن يمسك منهن أربعًا.
تفرد به سيف بن عبيد الله الجرمي، عن سرَّار.
حدَّثنا عبد الله بن محمد بن أبي سعيد، وقال: حدَّثنا أحمد بن يوسف التغلبي، قال: حدَّثنا أبو عبيد، القاسم بن سلام، قال: حدَّثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، قال: حدثني معمر، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ؛ «أسلم غيلان، وتحته عشر نسوة، فأمره رسول الله ﷺ، إن يختار منهن أربعًا.
تفرد به أبو عبيد، عن يحيى القطان، عن الثوري». انتهى.

(١) كذا في النسخ!
والذي جاء في قصة قيس بن الحارث: أنه أسلم على ثمان نسوة، كما أخرجه أبو داود (٢٢٤١)، وابن ماجه (١٩٥٢).
نعم، أخرجَ أبو داود (٢٢٤١)، عن الضحاك بن فيروز، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، إني أسلمت وتحتي أختان؟ قال: «**طلق أيتهما شئت**».

(٢) «الشرح الصغير»، للدردير و«حاشية الصاوي» (٢/ ٤٢٢)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٦)، «الكافي» (٢/ ٥٨٦).

(٣) «الهداية» (١/ ٢١٣)، «المبسوط»، للسرخسي (٥/ ٤٥).

(٤) قال الهيتمي: «أسلم حر وتحته أمة فقط، وأسلمت معه قبل دخول أو بعده أو أسلمت =

فَإِنَّهُ إِنْ أَسْلَمَ فِي عِدَّتِهَا كَانَ أَحَقَّ بِهَا، وَإِنْ أَسْلَمَ هُوَ وَهِيَ: فَنِكَاحُهَا ثَابِتٌ، لِمَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ مِنْ حَدِيثِ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ، وَذَلِكَ: «أَنَّ زَوْجَهُ عَاتِكَةَ ابنة الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ هُوَ، فَأَقَرَّهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى نِكَاحِهِ.

قَالُوا: وَكَانَ بَيْنَ إِسْلَامِ صَفْوَانَ وَبَيْنَ إِسْلَامِ امْرَأَتِهِ نَحْوٌ مَنْ شَهْرٍ»(١)

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: وَلَمْ يَبْلُغْنَا أَنَّ امْرَأَةً هَاجَرَتْ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ مُقِيمٌ بِدَارِ الْكُفْرِ، إِلَّا فَرَّقَتْ هِجْرَتُهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا، إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ زَوْجُهَا مُهَاجِرًا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا(٢)

[١٦٧٤/ج] وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ قَبْلَ إِسْلَامِ الْمَرْأَةِ: فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣): إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ قَبْلَ الْمَرْأَةِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ إِذَا عَرَضَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامَ فَأَبَتْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): سَوَاءٌ أَسْلَمَ الرَّجُلُ قَبْلَ الْمَرْأَةِ؛ أَوِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الرَّجُلِ إِذَا وَقَعَ الْإِسْلَامُ الْمُتَأَخِّرُ فِي الْعِدَّةِ ثَبَتَ النِّكَاحُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْأَثَرِ وَالْقِيَاسِ.

= بعده أو قبله في العدة: أقر النكاح، إن حلت له الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامها». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٣٩)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٠٣).

قال البهوتي: «أو أسلم أحد زوجين غير كتابيين قبل دخول انفسخ نكاحهم». «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨٤)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٥٩).

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٤٣).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥٤٤). وانظر: «التمهيد» (١٢/ ١٩ ـ ٢٢).

(٣) «المدونة» (٢/ ٢١٢)، «الشرح الصغير» (٢/ ٤٢٢).

(٤) قال الهيتمي: «أو تخلفت بعده ـ أي: الدخول أو نحوه، وأسلمت في العدة دام نكاحه إجماعًا». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٢٨)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٩٥).

وَذَلِكَ: أَنَّ عُمُومَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] يَقْتَضِي الْمُفَارَقَةَ عَلَى الْفَوْرِ.

وَأَمَّا الْأَثَرُ الْمُعَارِضُ لِمُقْتَضَى هَذَا الْعُمُومِ:

فَمَا رُوِيَ: «مِنْ أَنَّ أَبَا سُفْيَانَ بْنَ حَرْبٍ أَسْلَمَ قَبْلَ هِنْدِ بِنْتِ عُتْبَةَ امْرَأَتِهِ، وَكَانَ إِسْلَامُهُ بِمَرِّ الظَّهْرَانِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَكَّةَ وَهِنْدٌ بِهَا كَافِرَةٌ، فَأَخَذَتْ بِلِحْيَتِهِ، وَقَالَتْ: اقْتُلُوا الشَّيْخَ الضَّالَّ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ بَعْدَهُ بِأَيَّامٍ، فَاسْتَقَرَّا عَلَى نِكَاحِهِمَا»(١).

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الْمُعَارِضُ لِلْأَثَرِ:

فَلِأَنَّهُ يَظْهَرُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تُسْلِمَ هِيَ قَبْلَهُ، أَوْ هُوَ قَبْلَهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْعِدَّةُ مُعْتَبَرَةً فِي إِسْلَامِهَا قَبْلُ فَقَدْ يَجِبُ أَنْ تُعْتَبَرَ فِي إِسْلَامِهِ أَيْضًا قَبْلُ.

[الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ فِي النِّكَاحِ]

[الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي خِيَارِ الْعُيُوبِ]

وَمُوجِبَاتُ الْخِيَارِ **أَرْبَعَةٌ**:

الْعُيُوبُ.

وَالْإِعْسَارُ بِالصَّدَاقِ، أَوْ بِالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ.

وَالثَّالِثُ: الْفَقْدُ ـ أَعْنِي: فَقْدَ الزَّوْجِ.

وَالرَّابِعُ: الْعِتْقُ لِلْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ.

فَيَنْعَقِدُ فِي هَذَا الْبَابِ **أَرْبَعَةُ فُصُولٍ**:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي خِيَارِ الْعُيُوبِ.

١٦٧٥ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي مُوجَبِ الْخِيَارِ بِالْعُيُوبِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، وَذَلِكَ فِي مَوْضِعَيْنِ:

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٠١).

أَحَدُهُمَا: هَلْ يُرَدُّ بِالْعُيُوبِ أَوْ لَا يُرَدُّ؟

وَالْمَوْضِعُ الثَّانِي: إِذَا قُلْنَا إِنَّهُ يُرَدُّ فَمِنْ أَيِّهَا يُرَدُّ، وَمَا حُكْمُ ذَلِكَ؟

[١٦٧٥/أ] فَأَمَّا الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ:

فَإِنَّ مَالِكًا[(١)]، وَالشَّافِعِيَّ[(٢)] وَأَصْحَابَهُمَا، قَالُوا: الْعُيُوبُ تُوجِبُ الْخِيَارَ فِي الرَّدِّ أَوِ الْإِمْسَاكِ.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ[(٣)]: لَا تُوجِبُ خِيَارَ الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ قَوْلُ الصَّاحِبِ حُجَّةٌ[(٤)].

وَالْآخَرُ: قِيَاسُ النِّكَاحِ فِي ذَلِكَ عَلَى الْبَيْعِ؟

فَأَمَّا قَوْلُ الصَّاحِبِ الْوَارِدُ فِي ذَلِكَ: فَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ - وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: أَوْ قَرَنٌ - فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا، وَذَلِكَ غُرْمٌ لِزَوْجِهَا عَلَى وَلِيِّهَا»[(٥)].

---

(١) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٧٧)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٣٥).

(٢) «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٤٥ - ٣٤٧)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٠٨).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٢/ ٦٧٥)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٤١).
«البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٥٨٨ - ٥٩٠)، «العناية شرح الهداية» (٤/ ٣٠٣).

(٣) «المحلى» (١٠/ ١٠٩).

(٤) اختلف أهل العلم في هذه المسألة على مذاهب:
قال الفخر الرازي: «الحق أن قول الصحابي ليس بحجة. وقال قوم: إنه حجة مطلقًا. ومنهم مَن فصَّل وذكروا فيه وجوهًا؛ **أحدها**: أنه حجة إن خالف القياس، **وثانيها**: أن قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما حجة فقط، **وثالثها**: أن قول الخلفاء الأربعة إذا اتفقوا حجة». «المحصول» (٦/ ١٢٩)، «روضة الناظر» (١/ ٤٦٦).

(٥) أخرجه مالك (٢/ ٥٢٦) عن سعيد بن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب: «أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون أو جذام أو برص فمسَّها، فلها صداقها كاملًا، وذلك لزوجها غرم على وليها». وضعفه الألباني في «إرواء الغليل» (٦/ ٣٢٨).

وَأَمَّا الْقِيَاسُ عَلَى الْبَيْعِ: فَإِنَّ الْقَائِلِينَ بِمُوجِبِ الْخِيَارِ لِلْعَيْبِ فِي النِّكَاحِ، قَالُوا: النِّكَاحُ فِي ذَلِكَ شَبِيهٌ بِالْبَيْعِ.

وَقَالَ الْمُخَالِفُونَ لَهُمْ: لَيْسَ شَبِيهًا بِالْبَيْعِ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَن لَا يُرَدُّ النِّكَاحُ بِكُلِّ عَيْبٍ، وَيُرَدُّ بِهِ الْبَيْعُ[١].

[١٦٧٥/ب] وَأَمَّا الْمَوْضِعُ الثَّانِي فِي الرَّدِّ بِالْعُيُوبِ:

فَإِنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** فِي أَيِّ الْعُيُوبِ يُرَدُّ بِهَا، وَفِي أَيِّهَا لَا يُرَدُّ، وَفِي حُكْمِ الرَّدِّ.

فَاتَّفَقَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣] عَلَى أَنَّ الرَّدَّ يَكُونُ مِنْ أَرْبَعَةِ عُيُوبٍ: الْجُنُونِ، وَالْجُذَامِ، وَالْبَرَصِ، وَدَاءِ الْفَرْجِ الَّذِي يَمْنَعُ الْوَطْءَ: إِمَّا قَرَنٌ أَوْ رَتَقٌ فِي الْمَرْأَةِ أَوْ عُنَّةٌ[٤] فِي الرَّجُلِ أَوْ خِصَاءٌ.

[١٦٧٥/ج] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي أَرْبَعٍ:

فِي السَّوَادِ، وَالْقَرَعِ، وَبَخَرِ الْفَرْجِ، وَبَخَرِ الْفَمِ:

فَقِيلَ: تُرَدُّ بِهَا.

وَقِيلَ: لَا تُرَدُّ[٥].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٦]، وَالثَّوْرِيُّ[٧]: لَا تُرَدُّ الْمَرْأَةُ فِي النِّكَاحِ إِلَّا بِعَيْبَيْنِ فَقَطْ: الْقَرَنِ وَالرَّتَقِ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٢٢).

(٢) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي»، للدردير (٢/ ٢٧٧)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٣٦).

(٣) «المجموع» (١٦/ ٢٦٥)، «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٥).

(٤) العُنَّة صفة العنِّين، وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة. انظر: «طلبة الطلبة»، للنسفي (ص٤٧).

(٥) «الشرح الصغير وحاشية الصاوي»، للدردير (٢/ ٤٧٢)، «الشرح الكبير»، للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٨٠).

(٦) قال الحصكفي: «ولا يتخير أحدهما أي الزوجين بعيب الآخر فاحشًا: كجنون وجذام وبرص ورتق وقرن». «الدر المختار، وحاشية ابن عابدين» (٣/ ٥٠١).

(٧) «الاستذكار» (٥/ ٤٢٢).

١٦٧٦ فَأَمَّا أَحْكَامُ الرَّدِّ:

فَإِنَّ الْقَائِلِينَ بِالرَّدِّ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا عَلِمَ بِالْعَيْبِ قَبْلَ الدُّخُولِ: طَلَّقَ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ(١).

١٦٧٧ وَاخْتَلَفُوا إِنْ عَلِمَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالْمَسِيسِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): إِنْ كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي زَوَّجَهَا مِمَّنْ يُظَنُّ بِهِ لِقُرْبِهِ مِنْهَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِالْعَيْبِ مِثْلَ الْأَبِ وَالْأَخِ، فَهُوَ غَارٌّ يَرْجِعُ عَلَيْهِ الزَّوْجُ بِالصَّدَاقِ، وَلَيْسَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَرْأَةِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا: رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَى الْمَرْأَةِ بِالصَّدَاقِ كُلِّهِ إِلَّا رُبُعَ دِينَارٍ فَقَطْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): إِنْ دَخَلَ لَزِمَهُ الصَّدَاقُ كُلُّهُ بِالْمَسِيسِ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهَا، وَلَا عَلَى وَلِيٍّ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَرَدُّدُ تَشْبِيهِ النِّكَاحِ بِالْبَيْعِ، أَوْ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْمَسِيسُ

---

(١) قال ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٦٢): «ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب، أن لا يكون عالمًا بها وقت العقد، ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها وقت العقد، أو بعده فرضي، فلا خيار له، لا نعلم فيه خلافًا».
وقال أيضًا: «متى رضيت به عنينًا، بطل خيارها، سواء قالته عقيب العقد، أو بعد ضرب المدة، أو بعد انقضائها، ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك، بعد انقضاء المدة خلافًا».

(٢) قال الدردير: «وإن ردها الزوج بعده لعيبها رجع به الزوج على ولي لم يَخْفَ عليه حالها كأب وأخ وابن لتدليسه بالكتمان، ولا شيء عليها من الصداق الذي أخذته... ورجع عليه فقط في ولي بعيد شأنه أن يخفى عليها حالها كابن عم وحاكم إلا ربع دينار؛ لئلا يخلو البُضْع عن مهر فيشبه وطؤها الزنا». «الشرح الصغير» (٢/ ٤٧٧ - ٤٧٨).

(٣) قال الهيتمي: «والفسخ بعده - أي: الدخول أو معه الأصح أنه يجب به مهر مثل إن فسخ بالبناء للمفعول لا الفاعل؛ لإيهامه بعيب به أو بها مقارن للعقد؛ لأنه إنما بذل المسمَّى ليستمتع بسليمة ولم توجد». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٥٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٣٤٣).

ـ أَعْنِي: اتِّفَاقَهُمْ عَلَى وُجُوبِ الْمَهْرِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ بِنَفْسِ الْمَسِيسِ؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا**»[1]

فَكَانَ مَوْضِعُ الْخِلَافِ: تَرَدُّدُ هَذَا الْفَسْخِ بَيْنَ حُكْمِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ فِي الْبُيُوعِ، وَبَيْنَ حُكْمِ الْأَنْكِحَةِ الْمَفْسُوخَةِ ـ أَعْنِي: بَعْدَ الدُّخُول.

[١٦٧٧/أ] وَاتَّفَقَ الَّذِينَ قَالُوا بِفَسْخِ نِكَاحِ الْعِنِّينِ أَنَّهُ لَا يُفْسَخُ حَتَّى يُؤَجَّلَ سَنَةً يُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا بِغَيْرِ عَائِقٍ[2]

[١٦٧٧/ب] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي الْعِلَّةِ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا قُصِرَ الرَّدُّ عَلَى هَذِهِ الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وابن ماجه (١٨٧٩)، وابن حبان في «صحيحه» (٩/ ٣٨٤)، من طريق ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، مرفوعًا.

قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٥٥٣): هَذَا الحَدِيث صَحِيح.

(٢) قال الحصكفي: «فلو وجدته عنينًا، أو مجبوبًا، ولم تخاصم زمانًا ـ لم يبطل حقها وكذا لو خاصمته ثم تركت مدة فلها المطالبة ولو ضاجعته تلك الأيام خانية، كما لو رفعته إلى قاض فأجَّله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زمانًا». «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٩٩)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٣).

قال الدردير: «وأجل المعترض الحر الثابت لزوجته عليه خيار بأن لم يسبق له فيها وطء سنة قمرية، لعلاجه بعد الصحة من مرض غير الاعتراض؛ أي: إذا كان به مرض غيره، فإنه يؤجل بعد الصحة منه سنة من يوم الحكم لا من يوم الرفع». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٨١)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢٤٠).

قال الهيتمي: «وإذا ثبتت العنة بوجه مما مر ضرب القاضي له ولو قنًّا كافرًا إذ ما يتعلق بالطبع لا يفترق فيه القن وغيره سنة، لقضاء عمر». «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٥٢)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٣١٤).

قال الرحيباني: «إن كان عنينًا لا يمكنه وطء ولو لكبر أو مرض لا يرجى زواله أجِّل سنة؛ لأنه في معنى من خلق كذلك». «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٤٢)، «الإقناع» (٣/ ١٩٨).

فَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ شَرْعٌ غَيْرُ مُعَلَّلٍ.

وَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَخفَى، وَمَحْمَلُ سَائِرِ الْعُيُوبِ عَلَى أَنَّهَا مِمَّا لَا تَخْفَى.

وَقِيلَ: لِأَنَّهَا يُخَافُ سَرَايَتُهَا إِلَى الْأَبْنَاءِ.

وَعَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ يُرَدُّ بِالسَّوَادِ وَالْقَرَعِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يُرَدُّ بِكُلِّ عَيْبٍ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ مِمَّا خُفِّيَ عَلَى الزَّوْجِ.

[الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي خِيَارِ الْإِعْسَارِ بِالصَّدَاقِ وَالنَّفَقَةِ]

١٦٧٨ وَاخْتَلَفُوا فِي الْإِعْسَارِ بِالصَّدَاقِ:

فَكَانَ الشَّافِعِيُّ يَقُولُ: تُخَيَّرُ إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا(١)، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٢).

[.../١٦٧٨] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي قَدْرِ التَّلَوُّمِ(٣) لَهُ:

فَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ فِي ذَلِكَ حَدٌّ.

وَقِيلَ: سَنَة.

وَقِيلَ: سَنَتَيْنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): هِيَ غَرِيمٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ، لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَيُؤْخَذُ بِالنَّفَقَةِ، وَلَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا الْمَهْرَ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَغْلِيبُ شَبَهِ النِّكَاحِ فِي ذَلِكَ بِالْبَيْعِ، أَوْ تَغْلِيبُ الضَّرَرِ اللَّاحِقِ لِلْمَرْأَةِ فِي ذَلِكَ مِنْ عَدَمِ الْوَطْءِ، تَشْبِيهًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ.

---

(١) **وهو أظهر الأقوال**، كما في «نهاية المحتاج»، للرملي (٧/ ٢١٥)، «مغني المحتاج» (٥/ ١٧٩).

(٢) «عيون المسائل»، للقاضي عبد الوهاب (ص٣٣٣)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٦٠)، «كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ١٦٤)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٣٠).

(٣) التلوم: الانتظار والتمكث. انظر: «الصحاح»، للجوهري (٥/ ٢٠٣٤).

(٤) ينظر: «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٦٦٥)، «العناية شرح الهداية» (٤/ ٣٨٢).

١٦٧٩ **وَأَمَّا الْإِعْسَارُ بِالنَّفَقَةِ:**

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَحْمَدُ(٣)، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَأَبُو عُبَيْدٍ(٤)، وَجَمَاعَةٌ(٥): يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ(٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧)، وَالثَّوْرِيُّ(٨): لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ. وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَشْبِيهُ الضَّرَرِ الْوَاقِعِ مِنْ ذَلِكَ بِالضَّرَرِ الْوَاقِعِ مِنَ الْعُنَّةِ، لِأَنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّطْلِيقِ عَلَى الْعِنِّينِ، حَتَّى لَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: إِنَّهُ إِجْمَاعٌ(٩)، وَرُبَّمَا قَالُوا: النَّفَقَةُ فِي مُقَابَلَةِ الِاسْتِمْتَاعِ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّاشِزَ لَا نَفَقَةَ لَهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ(١٠)، فَإِذَا لَمْ يَجِدِ النَّفَقَةَ سَقَطَ الِاسْتِمْتَاعُ، فَوَجَبَ الْخِيَارُ.

---

(١) قال القاضي عبد الوهاب: «إذا أعسر بنفقة زوجته، فهي بالخيار بين أن تقيم معه ولا نفقة لها في ذمته إلا برضاه، وبين طلب الفراق، فيفرق الحاكم بينهما». «عيون المسائل» (ص٣٩٤).

(٢) «تحفة المحتاج» (٨/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦)، «مغني المحتاج» (٥/ ١٧٦).

(٣) «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ٢٣٥)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٦٣٦).

(٤) «الإشراف» (٥/ ١٦١).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ٣٦٦).

(٦) «الأوسط» (٩/ ٦٥).

(٧) قال القدوري: «ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما. ويقال لها: استديني عليه». «الهداية» (٢/ ٢٨٧)، «مختصر القدوري» (ص١٧٣).

(٨) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ٣٦٦).

(٩) الذي في «الأوسط» (٩/ ٦٧): «إنما يجب أن يفرق بين العنِّين وزوجته بإجماع، إن كان موجودًا».

(١٠) قال القدوري: «وإن نشزت: فلا نفقة لها، حتى تعود إلى منزله». «مختصر القدوري» (ص١٧٢)، «العناية شرح الهداية»، للبابرتي (٤/ ٣٨٢).

«الشرح الصغير وحاشية الصاوي»، للدردير (٢/ ٥١١)، «منح الجليل»، لعليش (٣/ ٥٤٦).

قال الشربيني: «وتسقط نفقة كل يوم بنشوز أي خروج عن طاعة الزوج بعد التمكين والعرض على الجديد وقبله على القديم؛ لأنها تجب بالتسليم فتسقط بالمنع، والمراد بالسقوط عدم الوجوب، وإلا فالسقوط حقيقة إنما يكون بعد الوجوب». =

وَأَمَّا مَنْ لَا يَرَى الْقِيَاسَ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا: قَدْ ثَبَتَتِ الْعِصْمَةُ بِالْإِجْمَاعِ، فَلَا تَنْحَلُّ إِلَّا بِإِجْمَاعٍ، أَوْ بِدَلِيلٍ مِنْ كِتَابِ اللهِ أَوْ سُنَّةِ نَبِيِّهِ.

فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ لِلْقِيَاسِ.

[الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي خِيَارِ الْفَقْدِ]

١٦٨٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْمَفْقُودِ الَّذِي تُجْهَلُ حَيَاتُهُ أَوْ مَوْتُهُ فِي أَرْضِ الْإِسْلَامِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: يُضْرَبُ لِامْرَأَتِهِ أَجَلٌ أَرْبَعُ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ، فَإِذَا انْتَهَى الْكَشْفُ عَنْ حَيَاتِهِ أَوْ مَوْتِهِ فَجُهِلَ ذَلِكَ ضَرَبَ لَهَا الْحَاكِمُ الْأَجَلَ، فَإِذَا انْتَهَى اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَحَلَّتْ.

قَالَ: وَأَمَّا مَالُهُ فَلَا يُورَثُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّمَانِ مَا يُعْلَمُ أَنَّ الْمَفْقُودَ لَا يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ غَالِبًا.

فَقِيلَ: سَبْعُونَ.

وَقِيلَ: ثَمَانُونَ.

وَقِيلَ: تِسْعُونَ.

وَقِيلَ: مِائَةٌ فِيمَنْ غَابَ، وَهُوَ دُونَ هَذِهِ الْأَسْنَانِ.

= «مغني المحتاج»، للشربيني (٥/ ١٦٨)، «السراج الوهاج على متن المنهاج»، للغمراوي (ص٤٦٨).

قال البهوتي: «وإذا نشزت المرأة فلا نفقة لها؛ لأنها في مقابلة التمكين وقد زال». «كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٤٧٣)، «المبدع في شرح المقنع» (٧/ ١٥٧).

(١) قال الدردير: «فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلق عليه لعدم النفقة... من حين العجز عن خبره بالبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان بأن يرسل الحاكم رسولًا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها، ثم بعد الأجل الكائن بعد كشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره اعتدت عدة كالوفاة؛ أي: كعدة الوفاة الحرة بأربعة أشهر وعشر». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٤٧٩)، «منح الجليل» (٤/ ٣١٨).

وَرُوِيَ هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ[١]، وَهُوَ مَرْوِيٌّ أَيْضًا عَنْ عُثْمَانَ[٢]، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ[٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَالثَّوْرِيُّ[٦]: لَا تَحِلُّ امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ حَتَّى يَصِحَّ مَوْتُهُ، وَقَوْلُهُمْ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ[٧] وَابْنِ مَسْعُودٍ[٨].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ لِلْقِيَاسِ، وَذَلِكَ: أَنَّ اسْتِصْحَابَ الْحَالِ يُوجِبُ أَنْ لَا تَنْحَلَّ عِصْمَةٌ إِلَّا بِمَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ؛ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ. وَأَمَّا الْقِيَاسُ: فَهُوَ تَشْبِيهُ الضَّرَرِ اللَّاحِقِ لَهَا مِنْ غَيْبَتِهِ بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ، فَيَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ كَمَا يَكُونُ فِي هَذَيْنِ.

---

(١) «الإشراف» (٥/ ١٠٧).

(٢) رواه عبد الرزاق (٧/ ٨٥)، عن ابن المسيب، أنَّ عمر، وعثمان، «قضيا في المفقود أن امرأته تتربَّص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا بعد ذلك، ثم تزوج فإن جاء زوجها الأول خيِّر بين الصداق وبين امرأته».

(٣) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٢/ ٣٣٠).

(٤) قال الشربيني: «(ومن غاب) عن زوجته أو لم يغب عنها، بل فُقد في ليل أو نهار، أو انكسرت به سفينة أو نحو ذلك (وانقطع خبره) بأن لم يعرف حاله (ليس لزوجته نكاح) لغيره (حتى يتيقن موته) أو يثبت بما مر في الفرائض (أو) يتيقن (طلاقه) على الجديد».
«مغني المحتاج» (٥/ ٩٧)، «الحاوي الكبير» (١١/ ٣١٦)، «النجم الوهاج»، للغمراوي (٨/ ١٥٥).

(٥) قال القدوري: «إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميِّت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه. . .، فإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته واعتدت امرأته وقُسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت».
«مختصر القدوري» (ص١٣٨)، «العناية شرح الهداية» (٦/ ١٤١).

(٦) «الإشراف» (٥/ ١٠٧).

(٧) رواه عبد الرزاق (٧/ ٩٠)، عن الحكم بن عتيبة، أنَّ عليًّا قال في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت، أو طلاق».

(٨) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٩٠)، عن ابن جريج قال: بلغني أنَّ ابن مسعود وافق عليًّا على «أنها تنتظره أبدًا».

[١٦٨٠/...] وَالْمَفْقُودُونَ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ أَرْبَعَةٌ[(١)]:

(أ) مَفْقُودٌ فِي أَرْضِ الْإِسْلَامِ، وَقَعَ الْخِلَافُ فِيهِ.

(ب) وَمَفْقُودٌ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ.

(ج) وَمَفْقُودٌ فِي حُرُوبِ الْإِسْلَامِ ـ أَعْنِي: فِيمَا بَيْنَهُمْ.

(د) وَمَفْقُودٌ فِي حُرُوبِ الْكُفَّارِ.

وَالْخِلَافُ عَنْ مَالِكٍ وَعَنْ أَصْحَابِهِ فِي ثَلَاثَةِ الْأَصْنَافِ مِنَ الْمَفْقُودِينَ كَثِيرٌ:

فَأَمَّا الْمَفْقُودُ فِي بِلَادِ الْحَرْبِ:

فَحُكْمُهُ عِنْدَهُمْ حُكْمُ الْأَسِيرِ، لَا تَتَزَوَّجُ امْرَأَتُهُ وَلَا يُقَسَّمُ مَالُهُ حَتَّى يَصِحَّ مَوْتُهُ[(٢)]، مَا خَلَا أَشْهَبَ[(٣)]، فَإِنَّهُ حَكَمَ لَهُ بِحُكْمِ الْمَفْقُودِ فِي أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا **الْمَفْقُودُ فِي حُرُوبِ الْمُسْلِمِينَ:**

فَقَالَ: إِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَقْتُولِ دُونَ تَلَوُّمٍ.

وَقِيلَ: يُتَلَوَّمُ لَهُ بِحَسَبِ بُعْدِ الْمَوْضِعِ الَّذِي كَانَتْ فِيهِ الْمَعْرَكَةُ وَقُرْبِهِ، وَأَقْصَى الْأَجَلِ فِي ذَلِكَ سَنَةٌ[(٤)].

وَأَمَّا **الْمَفْقُودُ فِي حُرُوبِ الْكُفَّارِ:**

فَفِيهِ فِي الْمَذْهَبِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

قِيلَ: حُكْمُهُ حُكْمُ الْأَسِيرِ[(٥)].

---

(١) قال الصاوي: «فأقسام المفقود خمسة: مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء أو فيه، ومفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام، ومفقود في أرض الشرك، ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار». «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٢/ ٦٩٣).

(٢) «الشرح الصغير وحاشية الصاوي»، للدردير (٢/ ٦٩٩).

(٣) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٥/ ٢٤٧).

(٤) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي»، للدردير (٢/ ٤٨٢، ٤٨٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٥٠٥).

(٥) «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب»، لخليل (٥/ ١٠٤).

وَقِيلَ: حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَقْتُولِ بَعْدَ تَلَوُّمِ سَنَةٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْفَى أَمْرُهُ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الْمَفْقُودِ فِي حُرُوبِ الْمُسْلِمِينَ وَفِتَنِهِمْ(١).

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَفْقُودِ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ(٢).

وَالرَّابِعُ: حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَقْتُولِ فِي زَوْجَتِهِ.

وَحُكْمُ الْمَفْقُودِ فِي أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ فِي مَالِهِ - أَعْنِي: يُعَمَّرَ وَحِينَئِذٍ يُورَثُ(٣).

وَهَذِهِ الْأَقَاوِيلُ كُلُّهَا مَبْنَاهَا عَلَى تَجْوِيزِ النَّظَرِ بِحَسَبِ الْأَصْلَحِ فِي الشَّرْعِ، وَهُوَ الَّذِي يُعْرَفُ بِالْقِيَاسِ الْمُرْسَلِ، وَبَيْنَ الْعُلَمَاءِ فِيهِ اخْتِلَافٌ - أَعْنِي: بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِالْقِيَاسِ.

[الْفَصْلُ الرَّابِعُ: خِيَارُ الْعِتْقِ]

١٦٨١ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْأَمَةَ إِذَا عُتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ(٤).

١٦٨٢ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا عُتِقَتْ تَحْتَ الْحُرِّ هَلْ لَهَا خِيَارٌ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦)، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ(٧)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٨)، وَأَحْمَدُ(٩)، وَاللَّيْثُ: لَا خِيَارَ لَهَا(١٠).

---

(١) «القوانين الفقهية»، لابن جُزَي (ص١٤٥).
(٢) «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب»، لخليل (٥/ ١٠٤).
(٣) «القوانين الفقهية» (ص١٤٥).
(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٦٤)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٦٧).
(٥) «المدونة» (٢/ ٨٤)، «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧١٣).
(٦) «مغني المحتاج» (٤/ ٣٥١)، «أسنى المطالب» (٣/ ١٨١).
(٧) «الاستذكار» (٦/ ٦٦). (٨) «الاستذكار» (٦/ ٦٧).
(٩) قال الرحيباني: «أو عتقت تحت حر أو مبعَّض؛ فلا فسخ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس، لأنها كافأت زوجها في الكمال، فلم يثبت لها خيار». «مطالب أولي النهى» (٥/ ١٣٧)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٧٣).
(١٠) «الاستذكار» (٦/ ٦٧).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالثَّوْرِيُّ(٢): لَهَا الْخِيَارُ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَعَارُضُ النَّقْلِ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ.

وَاحْتِمَالُ الْعِلَّةِ الْمُوجِبَةِ لِلْخِيَارِ أَنْ يَكُونَ الجَبْرُ الَّذِي كَانَ فِي إِنْكَاحِهَا بِإِطْلَاقٍ إِذَا كَانَتْ أَمَةً، أَوِ الْجَبْرُ عَلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ عَبْدٍ:

فَمَنْ قَالَ: الْعِلَّةُ الْجَبْرُ عَلَى النِّكَاحِ بِإِطْلَاقٍ قَالَ: تُخَيَّرُ تَحْتَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

وَمَنْ قَالَ: الْجَبْرُ عَلَى تَزْوِيجِ الْعَبْدِ فَقَطْ قَالَ: تُخَيَّرُ تَحْتَ الْعَبْدِ فَقَطْ.

وَأَمَّا اخْتِلَافُ النَّقْلِ:

فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا أَسْوَدَ(٣).

وَرُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ: أَنَّ زَوْجَهَا كَانَ حُرًّا(٤).

وَكِلَا النَّقْلَيْنِ ثَابِتٌ عِنْدَ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ.

١٦٨٣ وَاخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ فِيهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦): يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ مَا لَمْ يَمَسَّهَا.

---

(١) قال المرغيناني: «وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرًّا كان زوجها أو عبدًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت: **ملكت بضعك فاختاري**».
«الهداية» (١/ ٢١١)، «البناية»، للعيني (٥/ ٢٢١).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٦٧).

(٣) رواه البخاري (٥٢٨٢)، عن ابن عباس قال: «كان زوج بريرة عبدًا أسود، يقال له مغيث، عبدًا لبني فلان، كأني أنظر إليه يطوف وراءها في سكك المدينة».

(٤) رواه الترمذي (١١٥٥)، ولكنه معلولٌ، والمحفوظ عنها: أنه كان عبدًا. ينظر: «البدر المنير» (٧/ ٦٤٠).

(٥) «المدونة» (٢/ ٨٥).

(٦) «الأم»، للشافعي (٥/ ١٣١)، «مغني المحتاج»، للشربيني (٤/ ٣٥١).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): خِيَارُهَا عَلَى الْمَجْلِسِ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ(٢): إِنَّمَا يَسْقُطُ خِيَارُهَا بِالْمَسِيسِ، إِذَا عَلِمَتْ أَنَّ الْمَسِيسَ يُسْقِطُ خِيَارَهَا.

[الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ حُقُوقُ الزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا]

الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ.

١٦٨٤ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةَ وَالْكِسْوَةَ(٣).

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآيَةَ.

وَلِمَا ثَبَتَ مِنْ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**»(٤).

وَلِقَوْلِهِ لِهِنْدٍ: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»(٥).

فَأَمَّا النَّفَقَةُ: فَاتَّفَقُوا عَلَى وُجُوبِهَا.

١٦٨٥ وَاخْتَلَفُوا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ: فِي وَقْتِ وُجُوبِهَا، وَمِقْدَارِهَا، وَلِمَنْ تَجِبُ؟ وَعَلَى مَنْ تَجِبُ؟

(أ) فَأَمَّا وَقْتُ وُجُوبِهَا:

فَإِنَّ مَالِكًا(٦) قَالَ: لَا تَجِب النَّفَقَةُ عَلَى الزَّوْجِ؛ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا أَوْ يُدْعَى إِلَى الدُّخُولِ بِهَا، وَهِيَ مِمَّنْ تُوطَأُ، وَهُوَ بَالِغٌ.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٩). (٢) «الاستذكار» (٦/ ٦٥).

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف» (١/ ١٢١)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٤١)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٤٩)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٥٥)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ٣٤٧)، والنووي في «شرح مسلم» (٨/ ١٤٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٨/ ٣٥٣).

(٤) رواه مسلم (١٢١٨).

(٥) رواه البخاري (٧١٨٠)، ومسلم (١٧١٤/ ٧).

(٦) قال الدَّردير: «وأقوى أسبابها النكاح. . . قال: (يجب لممكِّنة) من نفسها (مطيقة للوطء) =

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]: يَلْزَمُ غَيْرَ الْبَالِغِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَتْ هِيَ بَالِغًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ هُوَ بَالِغًا وَالزَّوْجَةُ صَغِيرَةً:

فَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ[(٣)]:

أَحَدُهُمَا: مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي[(٤)]: أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ بِإِطْلَاقٍ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلِ النَّفَقَةُ لِمَكَانِ الِاسْتِمْتَاعِ، أَوْ لِمَكَانِ أَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَى الزَّوْجِ كَالْغَائِبِ وَالْمَرِيضِ.

= بلا مانع بعد أن دعت هي أو مجبرها أو وكيلها للدخول ولو لم يكن عند حاكم وبعد مضي زمن يتجهز فيه كل منهما عادة (على البالغ) متعلق بيجب لا على صغير ولو دخل عليها بالغة وافتضَّها ولا لغير ممكّنة أو لم يحصل منها أو من وليها دعاء أو حصل قبل مضي زمن يتجهز فيه كل منهما ولا لغير مطيقة، ولا مطيقة بها مانع كرتق إلا أن يتلذذ بها عالمًا». «الشرح الكبير» (٢/ ٥٠٨)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٨٣).

(١) «الهداية» (٢/ ٢٨٦)، «فتح القدير» (٤/ ٣٨٥).

(٢) قال النووي: «وكذا لو سلمت الزوجة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي، وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق، لأنَّ المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في عقد المراهق للولي لا له». «روضة الطالبين» (٩/ ٥٨)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٠).

مذهب الحنابلة ينظر: «كشاف القناع» (٥/ ٤٧١)، «الإقناع» (٤/ ١٤٢).

(٣) قال النووي: «أما إذا لم تعرض نفسها على الزوج الحاضر، أو الغائب، ولا بعثت إليه، فلا نفقة لها وإن طالت المدة تفريعًا على الجديد، ولا تؤثر غيبة الزوج بعد التسليم ما دامت مقيمة على الطاعة. وإن طالت المدة، هذا كله إذا كانت عاقلة بالغة، فأما المراهقة والمجنونة، فلا اعتبار بعرضهما، وبذلهما الطاعة، وإنما الاعتبار فيهما بعرض الولي. ولو سلمت المراهقة نفسها، فتسلمها الزوج، ونقلها إلى داره، وجبت النفقة». «روضة الطالبين» (٩/ ٥٨).

(٤) انظر: «كشاف القناع» (٥/ ٤٧١)، «الإقناع» (٤/ ١٤٢).

(ب) وَأَمَّا مِقْدَارُ النَّفَقَةِ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ[١] إِلَى أَنَّهَا غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ بِالشَّرْعِ، وَأَنَّ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ حَالُ الزَّوْجِ وَحَالُ الزَّوْجَةِ، وَأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْأَمْكِنَةِ وَالْأَزْمِنَةِ وَالْأَحْوَالِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٢].

وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ، فَعَلَى الْمُوسِرِ: مُدَّانِ[٣]، وَعَلَى الْأَوْسَطِ: مُدٌّ وَنِصْفٌ، وَعَلَى الْمُعْسِرِ: مُدٌّ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَرَدُّدُ حَمْلِ النَّفَقَةِ فِي هَذَا الْبَابِ عَلَى الْإِطْعَامِ فِي الْكَفَّارَةِ، أَوْ عَلَى الْكِسْوَةِ.

[١٦٨٥/أ] وَذَلِكَ أَنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** أَنَّ الْكِسْوَةَ غَيْرُ مَحْدُودَةٍ، وَأَنَّ الْإِطْعَامَ مَحْدُودٌ[٤].

[١٦٨٥/ب] **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي: هَلْ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةُ خَادِمِ الزَّوْجَةِ، وَإِنْ وَجَبَتْ؛ **فَكَمْ يَجِبُ؟**

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٠٩)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٨٤).

(٢) «بدائع الصنائع»، للكاساني (٤/ ٢٣).

«روضة الطالبين»، للنووي (٩/ ٤٠)، «نهاية المحتاج»، للرملي (٧/ ١٨٨).

قال البهوتي: «(وهي)؛ أي: النفقة (مقدرة بالكفاية) فيجب لها كفايتها مما ذكر، لحديث هند: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»؛ فتختلف باختلاف من تجب له في قدرها؛ للحديث: فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، والكفاية لا تختلف باليسار والإعسار، وإنما اعتبرهما الشرع في الجنس لا القدر». «الشرح الكبير»، «كشاف القناع» (٥/ ٤٦٠).

(٣) قال النووي: «على موسر لزوجته كل يوم مُد طعام، ومُعسر مد، ومتوسط مد ونصف، والمد مائة وثلاثة وسبعون درهمًا وثلث درهم». «منهاج الطالبين» (ص٢٦٢)، «مغني المحتاج» (٥/ ١٥٢).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف» (١/ ١٢٣)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٤٣)، وابن حجر في «فتح الباري» (٩/ ٣٤٨).

وَالْجُمْهُورُ[(١)] عَلَى أَنَّ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةَ لِخَادِمِ الزَّوْجَةِ إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَخْدِمُ نَفْسَهَا. وَقِيلَ: بَلْ عَلَى الزَّوْجَةِ خِدْمَةُ الْبَيْتِ.

[١٦٨٥/ج] وَاخْتَلَفَ الَّذِينَ أَوْجَبُوا النَّفَقَةَ عَلَى خَادِمِ الزَّوْجَةِ: عَلَى كَمْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ؟

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يُنْفِقُ عَلَى خَادِمٍ وَاحِدَةٍ.

وَقِيلَ: عَلَى خَادِمَيْنِ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ لَا يَخْدِمُهَا إِلَّا خَادِمَانِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(٢)]، وَأَبُو ثَوْرٍ.

[١٦٨٥/د] وَلَسْتُ أَعْرِفُ دَلِيلًا شَرْعِيًّا؛ لِإِيجَابِ النَّفَقَةِ عَلَى الْخَادِمِ إِلَّا تَشْبِيهَ الْإِخْدَامِ بِالْإِسْكَانِ، فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْإِسْكَانَ عَلَى الزَّوْجِ لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِي وُجُوبِهِ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ[(٣)].

(ج) وَأَمَّا لِمَنْ تَجِبُ النَّفَقَةُ:

فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهَا تَجِبُ لِلْحُرَّةِ الْغَيْرِ نَاشِزٍ[(٤)].

---

(١) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٥٨٨).
«الشرح الكبير»، للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٥١٠)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٥٤٦).
«مغني المحتاج» (٥/ ١٦١)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٣١٥).
«كشاف القناع» (٥/ ٤٦٣)، «الشرح الكبير»، لشمس الدين ابن قدامة (٩/ ٢٣٦).

(٢) ينظر: «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥١٠).

(٣) حكى الإجماع: ابن القطان: «الإقناع» (٢/ ٥٧).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦٢)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٤١)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٥٥)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ٣٤٧).
ذهب ابن عبد الحكم: «المعونة» (٢/ ٥٦٩)، وشكك القاضي عبد الوهاب في صحة ما نسب إلى ابن عبد الحكم في هذه المسألة، وابن القاسم من المالكية.
«الكافي»، لابن عبد البر (ص٢٥٥)، «مواهب الجليل» (٥/ ٥٥٢)، وابن حزم «المحلى» (٩/ ٢٤٩) - وهو قول الحكم بن عتيبة، «الإشراف» (١/ ١٢٣) - إلى القول =

وَاخْتَلَفُوا فِي النَّاشِزِ[١] وَالْأَمَةِ.

فَأَمَّا النَّاشِزُ: فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ لَهَا نَفَقَةٌ[٢]

= بعدم سقوط نفقة الناشز على زوجها. والغريب في الأمر أن ابن حزم نقل الاتفاق على سقوط النفقة عن الزوجة الناشز، ثم تجده يخالف ذلك في المحلى، ويرى أن النفقة لا تسقط عن الزوجة الناشز بحال من الأحوال.

● أدلة هذا القول:

١ ـ قوله ﷺ: «**ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**».

● وجه الدلالة: تجب النفقة للزوجة، صغيرة أو كبيرة، ناشزًا أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ولم يرد في الحديث استثناء للزوجة الناشز.

«المحلى» (٩/ ٢٤٩).

٢ ـ أن القول بعدم وجوب النفقة للناشز قول لم يأت به قرآن، ولا سنة، ولا قول صاحب، ولا قياس، ولا رأي له وجه، ولو أراد الله ﷻ استثناء الناشز لما أغفله حتى يبينه غيره.

«المحلى» (٩/ ٢٤٩).

٣ ـ عن ابن عمر ﵄ قال: «كتب عمر بن الخطاب إلى أمراء الأجناد أن انظروا من طالت غيبته، أن يبعثوا نفقة، أو يرجعوا، أو يفارقوا، فإن فارق فإن عليه النفقة ما فارق من يوم غاب».

أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٧٧٣)، وعبد الرزاق (١٢٣٤٦) (٧/ ٩٣).

● وجه الدلالة: لم يخص عمر ناشزًا من غيرها، وما نعلم لعمر في هذا مخالفًا من الصحابة، ولا يحفظ أن أحد الصحابة منع الناشز من النفقة.

«المحلى» (٩/ ٢٥٠).

(١) نشزت المرأة على زوجها: إذا استعصت عليه وأبغضته. ونشز عليها زوجها. إذا جفاها وأضر بها. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب»، للمطرزي (ص٤٦٤)، «المطلع على ألفاظ المقنع»، للبعلي (ص٤٠٢).

(٢) «الاختيار» (٤/ ٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٥٧٦).

«مواهب الجليل»، للحطاب (٤/ ١٨٧ ـ ١٨٨)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٥٥١).

قال الشِّرْبيني: «(و) تسقط و (لو) كان نشوزها (بمنع لمس) أو غيره من مقدمات الوطء (بلا عذر) بها إلحاقًا لمقدمات الوطء بالوطء، فإن كان عذر كمنع لمس من بفرجها قروح، وعلمت أنه متى لمسها واقعها لم يكن منعها نشوزًا. . . . (والخروج) للزوجة (من بيته)؛ أي: الزوج حاضرًا كان أو لا (بلا إذن) منه (نشوز) منها سواء =

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: تَجِبُ لَهَا النَّفَقَةُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْمَفْهُومِ، وَذَلِكَ أَنَّ عُمُومَ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**»[(١)] يَقْتَضِي أَنَّ النَّاشِزَ، وَغَيْرَ النَّاشِزِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَالْمَفْهُومُ مِنْ أَنَّ النَّفَقَةَ هِيَ فِي مُقَابَلَةِ الِاسْتِمْتَاعِ يُوجِبُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لِلنَّاشِزِ.

[١٦٨٥/هـ] وَأَمَّا الْأَمَةُ: فَاخْتَلَفَ فِيهَا أَصْحَابُ مَالِكٍ اخْتِلَافًا كَثِيرًا:

فَقِيلَ: لَهَا النَّفَقَةُ كَالْحُرَّةِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ[(٢)]

= كان لعبادة كحج أم لا؟ يسقط نفقتها لمخالفتها الواجب عليها (إلا أن يشرف) البيت (على انهدام) فليس بنشوز لعذرها». «مغني المحتاج» (٥/ ١٦٨ - ١٦٩)، «منهاج الطالبين»، للنووي (ص٢٦٤).

قال الحَجَّاوي: «وإذا نشزت المرأة أو سافرت أو انتقلت من منزله وإن كان في غيبته بغير إذنه أو تطوعت بحج أو صوم منعته فيه نفسها أو أحرمت بحج منذور في الذمة أو لم تمكِّنه من الوطء أو مكَّنته منه دون بقية الاستمتاع أو لم تبت معه في فراشه أو لزمتها عدة من غيره فلا نفقة لها وسواء فيه البالغة والمراهقة والعاقلة والمجنونة». «الإقناع» (٤/ ١٤٣)، «الإنصاف» (٩/ ٣٨٠).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «مواهب الجليل»، للحطاب (٣/ ٤٧٤)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٣/ ٣٩٣).

قال ابن عابدين: «(قوله المنكوحة)؛ أي: التي زوَّجها سيدها لرجل، أما غير المنكوحة فنفقتها على سيدها مطلقًا (قوله أما المكاتبة فكالحرة) لملكها منافعها، فلم يبق للمولى عليها ولاية الاستخدام، فلها النفقة بمجرد التمكين من نفسها وإن لم تنتقل، وتسقط بالنشوز كالحرة (قوله: ولو عبدًا)؛ أي: لغير سيد الأمة: إذ لو كان عبده فنفقتها على السيد بوَّأها أو لا، عن الزيلعي (قوله: بأن يدفعها إليه... إلخ)؛ أي: بأن يخلي المولى بين الأمة وزوجها في منزل الزوج ولا يستخدمها، كذا في «كافي الحاكم الشهيد»؛ لأن الاحتباس لا يتحقق إلا بالتبوئة؛ لأنَّ المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها لمصالح الزوج، وذلك يحصل بالتبوئة، وإن استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لزوال الموجب». «حاشية ابن عابدين» (رد المحتار) (٣/ ٥٩٨)، «درر الحكام شرح غرر الأحكام» المولى - خسرو (١/ ٤١٦). =

وَقِيلَ: لَا نَفَقَةَ لَهَا[١].

وَقِيلَ أَيْضًا: إِنْ كَانَتْ تَأْتِيهِ فَلَهُ النَّفَقَةُ، وَإِنْ كَانَ يَأْتِيهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا[٢].

وَقِيلَ: لَهَا النَّفَقَةُ فِي الْوَقْتِ الَّتِي تَأْتِيهِ[٣].

وَقِيلَ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ[٤].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْقِيَاسِ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْعُمُومَ يَقْتَضِي لَهَا وُجُوبَ النَّفَقَةِ، وَالْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لَا نَفَقَةَ لَهَا إِلَّا عَلَى سَيِّدِهَا الَّذِي يَسْتَخْدِمُهَا، أَوْ تَكُونُ النَّفَقَةُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِهَا ضَرْبًا مِنَ الِانْتِفَاعِ، وَلِذَلِكَ قَالَ قَوْمٌ: عَلَيْهِ النَّفَقَةُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي تَأْتِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: يُحْكَمُ عَلَى مَوْلَى الْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ أَنْ تَأْتِيَ زَوْجَهَا فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ.

= قال الشربيني: «وكذا الأمة المزوَّجة حيث أوجبنا نفقتها على الزوج، ولا يجب على المالك الكفاية المذكورة من جنس طعامه وكسوته، بل (من غالب قوت رقيق البلد) من قمح وشعير ونحو ذلك (و) من غالب (أدمهم) من سمن وزيت وجبن ونحو ذلك (و) من غالب (كسوتهم) من قطن وصوف ونحو ذلك» مذهب الشافعية. ينظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٢٠٣)، «حاشية الشرواني على تحفة المحتاج» (٨/ ٣٦٥).

قال البهوتي: «(ونفقتها)؛ أي: الأمة (على زوجها)؛ لأنه إما زوج أو مالك (ولا) يملك أن (يردها) من سلمت له (بعيب) لا يفسخ النكاح به (ولا غيره) كغبن أو تدليس؛ لأنه ينكر الشراء أو يدعي الزوجية (ولو ماتت قبل) موت (واطئ وقد كسبت) شيئًا (فلسيد منه)؛ أي: كسبها (قدر) باقي (ثمنها)؛ لأنه لا يدعي غيره، والزوج يعترف له بالجميع (وبقيته)؛ أي: كسبها (موقوف حتى يصطلحا)؛ أي: الزوج، والسيد عليه؛ لأن الحق فيه لا يعدُهما». «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٤٢)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٢٥٩).

(١) «القوانين الفقهية»، لابن جُزَي (ص١٤٨).

(٢) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٤/ ٦٠٩).

(٣) «القوانين الفقهية» (ص١٤٨). (٤) «القوانين الفقهية» (ص١٤٨).

(د) **وَأَمَّا عَلَى مَنْ تَجِبُ**:

فَاتَّفَقُوا أَيْضًا أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الْحُرِّ الْحَاضِرِ[(١)].

وَاخْتَلَفُوا فِي الْعَبْدِ وَالْغَائِبِ:

فَأَمَّا الْعَبْدُ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ يُحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ[(٢)].

وَقَالَ أَبُو الْمُصْعَبِ[(٣)] - مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ: لَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ[(٤)].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ، لِكَوْنِ الْعَبْدِ مَحْجُورًا عَلَيْهِ فِي مَالِهِ.

وَأَمَّا الْغَائِبُ: فَالْجُمْهُورُ[(٥)] عَلَى وُجُوبِ النَّفَقَةِ عَلَيْهِ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن القطان «الإقناع» (٢/ ٥٧).

(٢) في «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ١٦٥).

(٣) أبو مصعب الزهري، هو أحمد بن القاسم بن الحارث بن زرارة، يُعرف بكنيته، ولد: سنة خمسين ومائة، حدَّث عنه: البخاري، ومسلم، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه. روى عن مالك والمغيرة، وابن دينار، وغيرهم.
وله كتاب مختصر في قول مالك مشهور، مات في رمضان سنة اثنتين وأربعين ومئتين وله اثنان وتسعون سنة. «سير أعلام النبلاء»، للذهبي (١١/ ٤٣٦)، «ترتيب المدارك»، للقاضي عياض (٣/ ٣٤٧).

(٤) «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب»، لخليل (٤/ ٦٨).

(٥) قال الخرشي: «(ص) وفرض في مال الغائب ووديعته ودينه.
(ش) يعني: أن الزوج إذا غاب عن زوجته قبل بنائه بها أو بعده فرفعت أمرها فطلبت نفقتها؛ فإن الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه يفرض لها ذلك على قدر وسعه وحالها في ماله الحاضر أو الغائب المرجو، وكذلك يفرض لها نفقتها في دينه الشرعي». «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٩٩)، «الشرح الصغير»، للدردير (٢/ ٧٤٧).
قال الشربيني: «(فإن غاب) عن بلدها قبل عرضها إليه ورفعت الأمر إلى الحاكم مظهرة له التسليم (كتب الحاكم) المرفوع إليه الأمر (لحاكم بلده)؛ أي: الزوج (ليعلمه) الحال (فيجيء) الزوج لها يتسلمها (أو يوكل) من يجيء يتسلمها له أو يحملها إليه، وتجب النفقة من وقت التسليم، من حين إمكان وصوله كالمستلم لها؛ لأنَّ المانع منه». «مغني المحتاج» (٥/ ١٦٧ - ١٦٨)، «منهاج الطالبين»، للنووي (ص٢٦٤).

=

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): لَا تَجِبُ إِلَّا بِإِيجَابِ السُّلْطَانِ.

وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِيمَنِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي الاتفَاقِ، وَسَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْأَحْكَامِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

١٦٨٦ وَكَذَلِكَ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجَاتِ: الْعَدْلَ بَيْنَهُنَّ فِي الْقَسْمِ(٢)، لِمَا ثَبَتَ مِنْ قَسْمِهِ ﷺ بَيْنَ أَزْوَاجِهِ، وَلِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَحَدُ شِقَّيْهِ مَائِلٌ»**(٣).

وَلِمَا ثَبَتَ: «أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ كَانَ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ»(٤).

= قال البهوتي: «(وإن غاب) الزوج (مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى سواء تركها)؛ أي: النفقة (لعذر أو غيره فرضها حاكم أو لم يفرضها) حاكم..... (وإذا أنفقت) الزوجة (في غيبته من ماله فبان) الزوج (ميتًا رجع عليها الوارث) بما أنفقته منذ مات، لأنَّ وجوب النفقة ارتفع بموت الزوج فلا تستحق ما قبضته من النفقة بعد موته.... وعلى قياسه كل من أبيح له شيء وزالت الإباحة بفعل الله أو بفعل المبيح كالمعير إذا مات أو رجع والمانح وأهل الموقوف عليه». «كشاف القناع» (٥/ ٤٦٩ ـ ٤٧٠)، «المبدع في شرح المقنع» (٧/ ١٥٣).

(١) قال ابن عابدين: «(قوله وتفرض النفقة) وكذا لو كانت مفروضة ومضت مدة، ثم غاب لها أخذ الماضي من ماله المذكور ـ كما أفاده في «البدائع» (قوله: مدة سفر) متعلق بالغائب (قوله: واستحسنه في البحر) قال: وهو قيد حسن يجب حفظه؛ فإنه فيما دونها يسهل إحضاره ومراجعته.

..... ويفرض القاضي نفقة عرس الغائب عن البلد سواء كان بينهما مدة سفر أو لا...، وينبغي أن تفرض نفقة عرس المتواري في البلد، ويدخل فيه المفقود». «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦٠٤).

(٢) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١١٢)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٢٣٥)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٧)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٢٦٩).

(٣) رواه أبو داود (٢١٣٣). وصححه ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/ ٣٧).

(٤) رواه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٧٧٠).

١٦٨٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي مُقَامِ الزَّوْجِ عِنْدَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، هَلْ يُحْتَسَبُ بِهِ أَوْ لَا يُحْتَسَبُ إِذَا كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أُخْرَى؟

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)] وَأَصْحَابُهُمَا: يُقِيمُ عِنْدَ الْبِكْرِ سَبْعًا، وَعِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلَاثًا، وَلَا يُحْتَسَبُ إِذَا كَانَ لَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى بِأَيَّامِ الَّتِي تَزَوَّجَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: الْإِقَامَةُ عِنْدَهُنَّ سَوَاءٌ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، وَيُحْتَسَبُ بِالْإِقَامَةِ عِنْدَهَا إِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أُخْرَى.

---

(١) قال الدسوقي: «(قوله: وقضي للبكر بسبع)؛ أي: إذا تزوجها على غيرها، وكذا يقال في الثيب، وهذا هو المشهور. ومقابله: أنَّ البكر يقضى لها بسبع وللثيب بثلاث مطلقًا، تزوَّجها على غيرها أم لا؟ وإنما قضي للبكر بسبع إزالة للوحشة والائتلاف وزيدت البكر؛ لأنَّ حياءها أكثر فتحتاج لإمهال وجبر وتأن والثيب قد جربت الرجال؛ إلا أنها استحدثت الصحبة فأكرمت بزيادة الوصلة وهي الثلاث... وللثيب بثلاث)؛ أي: متوالية من الليالي يخصها بها ولو أمة يتزوجها على حرة فلو زفت له امرأتان في ليلة». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٣٤٠ ـ ٣٤١)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٥٦).

(٢) قال الشربيني: «(وتختص) وجوبًا زوجة (بكر جديدة)؛ أي: جددها على من في عصمته زوجة يبيت عندها ولو أمة أو كافرة (عند زفاف) وهو حمل العروس لزوجها (بسبع) ولاء (بلا قضاء) للباقيات (و) تختص وجوبًا زوجة (ثيب) وهي التي إذنها النطق (بثلاث) ولاء بلا قضاء... والمعنى في ذلك: زوال الحشمة بينهما، ولهذا سوَّى بين الحرة والأمة».

«مغني المحتاج» (٤/ ٤٢١)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٤٤٩).

قال البهوتي: «وإذا تزوج بكرًا ولو أمة ومعه غيرها ولو حرائر (أقام عندها سبعًا) ثم دار. (و) إذا تزوج (ثيبًا ولو أمة) أقام عندها (ثلاثًا) لعموم ما يأتي، ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء في الاحتياج إلى ذلك فاستويا فيه كالنفقة (ولا يحتسب عليهما بما أقام عندهما، فإذا انتهت مدة إقامته عند الجديدة عاد إلى القسم بين زوجاته كما كان) قبل أن يتزوج الجديدة (ودخلت) الجديدة (بينهن فصارت آخرهن نوبة)».

«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٢٠٧)، «الشرح الكبير على متن المقنع» ابن قدامة (٨/ ١٦٤، ١٦٥).

(٣) «فتح القدير» (٣/ ٤٣٣)، «العناية»، للبابرتي (٣/ ٤٣٣).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ حَدِيثِ أَنَسٍ لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ، وَحَدِيثُ أَنَسٍ هُوَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا تَزَوَّجَ الْبِكْرَ أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَإِذَا تَزَوَّجَ الثَّيِّبَ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا»(١)، وَحَدِيثُ أُمِّ سَلَمَةَ هُوَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا، فَأَصْبَحَتْ عِنْدَهُ، فَقَالَ: **لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ(٢)، إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ(٣) عِنْدَكِ وَدُرْتُ**، فَقَالَتْ: ثَلِّثْ».

وَحَدِيثُ أُمِّ سَلَمَةَ - هُوَ «ثَلِّثْ» - مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ خَرَّجَهُ مَالِكٌ(٤)، وَالْبُخَارِيُّ(٥)، وَمُسْلِمٌ(٦).

وَحَدِيثُ أَنَسٍ حَدِيثٌ بَصْرِيٌّ، خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(٧)، فَصَارَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ إِلَى مَا خَرَّجَهُ أَهْلُ الْبَصْرَةِ، وَصَارَ أَهْلُ الْكُوفَةِ إِلَى مَا خَرَّجَهُ أَهْلُ الْمَدِينَةِ.

[...١٦٨٧] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي: هَلْ مُقَامُهُ عِنْدَ الْبِكْرِ سَبْعًا وَعِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلَاثًا وَاجِبٌ أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٨): هُوَ وَاجِبٌ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: يُسْتَحَبُّ(٩).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: حَمْلُ فِعْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَى النَّدْبِ أَوْ عَلَى الْوُجُوبِ.

---

(١) رواه البخاري (٥٢١٣)، ومسلم (١٤٦١).

(٢) قوله: «ليس بك على أهلك هوان»: أراد بالأهل نفسه ﷺ؛ أي: لا يعلق بك، ولا يصيبك هوان عليهم. انظر: «مشارق الأنوار»، للقاضي عياض (١/ ٧٣)، «النهاية»، لابن الأثير (١/ ٨٤).

(٣) ثلث: أقام عندها ثلاثًا. انظر: «النهاية»، لابن الأثير (٢/ ٣٣٦).

(٤) «الموطأ» (٢/ ٥٢٩)، برقم: (١٤). (٥) لم يخرجه البخاري في صحيحه.

(٦) رواه مسلم (١٤٦٠/ ٤٢).

(٧) رواه أبو داود (٢١٢٤). وأصله في: البخاري (٥٢١٣)، ومسلم (١٤٦١).

(٨) «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٦٢).

(٩) «الكافي» (٢/ ٥٦٢).

وَأَمَّا حُقُوقُ الزَّوْجِ عَلَى الزَّوْجَةِ: بِالرَّضَاعِ وَخِدْمَةِ الْبَيْتِ، عَلَى اخْتِلَافٍ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ.

وَذَلِكَ: أَنَّ قَوْمًا أَوْجَبُوا عَلَيْهَا الرَّضَاعَ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَقَوْمٌ لَمْ يُوجِبُوا ذَلِكَ عَلَيْهَا بِإِطْلَاقٍ(١)

وَقَوْمٌ أَوْجَبُوا ذَلِكَ عَلَى الدَّنِيئَةِ، وَلَمْ يُوجِبُوا ذَلِكَ عَلَى الشَّرِيفَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الطِّفْلُ لَا يَقْبَلُ إِلَّا ثَدْيَهَا، وَهُوَ مَشْهُورُ قَوْلِ مَالِكٍ(٢).

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ آيَةُ الرَّضَاعِ مُتَضَمِّنَةٌ حُكْمَ الرَّضَاعِ - أَعْنِي: إِيجَابَهُ، أَوْ مُتَضَمِّنَةٌ أَمْرَهُ فَقَطْ؟

فَمَنْ قَالَ: أَمْرُهُ، قَالَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الرَّضَاعُ؛ إِذْ لَا دَلِيلَ هُنَا عَلَى الْوُجُوبِ.

وَمَنْ قَالَ: تَتَضَمَّنُ الْأَمْرَ بِالرَّضَاعِ وَإِيجَابَهُ؛ وَأَنَّهَا مِنَ الْأَخْبَارِ الَّتِي مَفْهُومُهَا مَفْهُومُ الْأَمْرِ، قَالَ: يَجِبُ عَلَيْهَا الْإِرْضَاعُ.

وَأَمَّا مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الدَّنِيئَةِ وَالشَّرِيفَةِ، فَاعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْعُرْفَ وَالْعَادَةَ.

١٦٨٨ وَأَمَّا الْمُطَلَّقَةُ: فَلَا رَضَاعَ عَلَيْهَا، إِلَّا أَنْ لَا يَقْبَلَ ثَدْيَ غَيْرِهَا، فَعَلَيْهَا الْإِرْضَاعُ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَجْرُ الرَّضَاعِ.

هَذَا إِجْمَاعٌ(٣)؛ **لِقَوْلِهِ** ﷻ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

---

(١) في رواية لمالك، قال الدردير: «(وعلى الأم المتزوجة) بأبي الرضيع (أو الرجعية رضاع ولدها) من ذي العصمة أو المطلق (بلا أجر) تأخذه من الأب». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٥٢٥).

(٢) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٥٢٥).

وأكثر العلماء لم يوجبوا عليها الرضاع، وهم الجمهور.

«حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦١٨).

«مغني المحتاج» (٥/ ١٨٧ - ١٨٨)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٣٥٠).

«كشاف القناع» (٥/ ٤٨٧)، «حاشية الروض المربع»، لابن قاسم (٧/ ١٣٧).

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦١٩).

=

١٦٨٩ وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْحَضَانَةَ[١] لِلْأُمِّ إِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، وَكَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا، لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»[٢].

وَلِأَنَّ الْأَمَةَ وَالْمَسْبِيَّةَ إِذَا لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا؛ فَأَخَصُّ بِذَلِكَ الْحُرَّةُ.

[١٦٨٩/أ] وَاخْتَلَفُوا إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ حَدَّ التَّمْيِيزِ:

فَقَالَ قَوْمٌ: يُخَيَّرُ.

وَمِنْهُمُ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَاحْتَجُّوا بِأَثَرٍ وَرَدَ فِي ذَلِكَ.

وَبَقِيَ قَوْمٌ عَلَى الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُمْ هَذَا الْحَدِيثُ.

= «حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٢٦).
«أسنى المطالب» (٣/ ٤٤٥).
«كشاف القناع» (٥/ ٤٨٧).

(١) الحضانة: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه وتربيته بما يصلحه. انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ١٩١)، «كشاف القناع» (٥/ ٤٩٥ ـ ٤٩٦).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٢ ـ ٤١٣)، والترمذي (١٢٨٣) وحسَّنه، عن أبي أيوب الأنصاري مرفوعًا.
وضعف إسناده ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٥٣).

(٣) «مغني المحتاج» (٥/ ١٩٨)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٣٦٠).
قال البهوتي: «وإذا بلغ الغلام سبع سنين.. (وإن تنازعا)؛ أي: الأبوان (فيه)؛ أي: في حضانته (خيَّره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما)؛ أي: من أبويه قضى به عمر.... ولأنه إذا مال إلى أحد أبويه دل على أنه أرفق به وأشفق عليه، وقيد بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة بخلاف الأم فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك». «كشاف القناع» (٥/ ٥٠١).
وخالفهم أبو حنيفة ومالك، فقالا بعدم التخيير.
«بدائع الصنائع»، للكاساني (٤/ ٤٢)، «الدر المختار» وحاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٦).
«حاشية الدسوقي» (٢/ ٥٢٦)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل»، «حاشية البناني» (٤/ ٤٦٩).

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ تَزْوِيجَهَا لِغَيْرِ الْأَبِ يَقْطَعُ الْحَضَانَةَ.

لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**»(١).

وَمَنْ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُ هَذَا الْحَدِيثُ طَرَدَ(٢) الْأَصْلَ.

[١٦٨٩/ب] وَأَمَّا نَقْلُ الْحَضَانَةِ مِنَ الْأُمِّ إِلَى غَيْرِ الْأَبِ، فَلَيْسَ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ:
فِي الْأَنْكِحَةِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا بِالشَّرْعِ وَالْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ وَحُكْمِهَا]

١٦٩٠ وَالْأَنْكِحَةُ الَّتِي وَرَدَ النَّهْيُ فِيهَا مُصَرَّحًا أَرْبَعَةٌ:

نِكَاحُ الشِّغَارِ(٣).

وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ.

وَالْخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ.

وَنِكَاحُ الْمُحَلِّلِ.

١٦٩١ **فَأَمَّا نِكَاحُ الشِّغَارِ:**

[١٦٩١/أ] فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ صِفَتَهُ، هُوَ: أَنْ يُنْكِحَ الرَّجُلُ وَلِيَّتَهُ رَجُلًا آخَرَ عَلَى أَنْ يُنْكِحَهُ الْآخَرُ وَلِيَّتَهُ، وَلَا صَدَاقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا بُضْعَ هَذِهِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)، والحاكم (٢/ ٢٠٧) وصححه، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده به.
وله طرق، ولذا صحح الحديث ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/ ٣١٧).

(٢) الطرد: وجود الحكم بوجود العلة. انظر: «العدة في أصول الفقه»، للقاضي أبي يعلى (١/ ١٧٧).

(٣) نكاح الشِّغار: بكسر الشين؛ أي: زوَّجته ابنتي على أن يزوِّجني ابنته... على أن يكون البُضع بالبُضع سمِّي به؛ لأن كل واحد منهما يشغر؛ أي: يرفع الرجل للوطء». انظر: «طلبة الطلبة»، للنسفي (ص٤٧، ٤٨).

بِبُضْعِ الْأُخْرَى[١]

[١٦٩١/ب] وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ نِكَاحٌ غَيْرُ جَائِزٍ لِثُبُوتِ النَّهْيِ عَنْهُ.

[١٦٩١/ج] وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَقَعَ هَلْ يُصَحَّحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُصَحَّحُ، وَيُفْسَخُ أَبَدًا قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ[٢]، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٣] إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: إِنْ سَمَّى لِإِحْدَاهِمَا صَدَاقًا أَوْ لَهُمَا مَعًا، فَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَالْمَهْرُ الَّذِي سَمَّيَاهُ فَاسِدٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: نِكَاحُ الشِّغَارِ يَصِحُّ بِفَرْضِ صَدَاقِ الْمِثْلِ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ، وَأَحْمَدُ[٥]، وَإِسْحَاقُ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَالطَّبَرِيُّ[٦].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هَلِ النَّهْيُ الْمُعَلَّقُ بِذَلِكَ مُعَلَّلٌ بِعَدَمِ الْعِوَضِ أَوْ غَيْرُ مُعَلَّلٍ؟

فَإِنْ قُلْنَا: غَيْرُ مُعَلَّلٍ لَزِمَ الْفَسْخُ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَإِنْ قُلْنَا: الْعِلَّةُ عَدَمُ الصَّدَاقِ ـ صَحَّ بِفَرْضِ صَدَاقِ الْمِثْلِ، مِثْلَ الْعَقْدِ عَلَى خَمْرٍ أَوْ عَلَى خِنْزِيرٍ.

---

(١) حكى الإجماع: الشافعي في «الأم» (٥/ ٢٥٧)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٢٢)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٥/ ٤٦٥)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ١٧)، والنووي في «شرح مسلم» (٩/ ١٦٩)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٧٤).

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٦٥)، «جواهر الإكليل» (١/ ٣١١).

(٣) قال البغوي: «ولو سمَّى لهما أو لأحديهما صداقًا، فقال: زوَّجت ابنتي بألفٍ على أن تُزوجني ابنتك، على أن يكون بُضع كل واحدةٍ صداقًا للأخرى، أو قال: زوجت ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع كل واحدة صداقًا للأخرى، أو قال: ويكون بضع كل واحدة ومائة درهم صداقًا لصاحبتها ـ فالمنصوص: أنه يصح. ومن أصحابنا من قال: يصح؛ لأنه ليس على صورة الشِّغار المنهي عنه. ومنهم من قال: لا يصح؛ لأجل التشريك».
«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/ ٤٣٢).

(٤) «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٨)، «رد المحتار» (٣/ ١٠٥ ـ ١٠٦).

(٥) «الروايتين والوجهين»، لابن الفرَّاء (٢/ ١٠٦).

(٦) «الاستذكار» (٥/ ٤٦٦).

١٦٩٢ وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ الْمُنْعَقِدَ عَلَى الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لَا يُفْسَخُ إِذَا فَاتَ بِالدُّخُولِ، وَيَكُونُ فِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ(١).

وَكَأَنَّ مَالِكًا ﷺ رَأَى أَنَّ الصَّدَاقَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ ـ فَفَسَادُ الْعَقْدِ هَا هُنَا مِنْ قِبَلِ فَسَادِ الصَّدَاقِ ـ مَخْصُوصٌ لِتَعَلُّقِ النَّهْيِ بِهِ، أَوْ رَأَى أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ تَعْيِينِ الْعَقْدِ، وَالنَّهْيُ يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ.

١٦٩٣ **أَمَّا نِكَاحُ الْمُتْعَةِ:**

فَإِنَّهُ وَإِنْ تَوَاتَرَتِ الْأَخْبَارُ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِتَحْرِيمِهِ، إِلَّا أَنَّهَا اخْتَلَفَتْ فِي الْوَقْتِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ التَّحْرِيمُ، فَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: أَنَّهُ حَرَّمَهَا يَوْمَ خَيْبَرَ(٢)، وَفِي بَعْضِهَا: يَوْمَ الْفَتْحِ(٣)، وَفِي بَعْضِهَا: فِي غَزْوَةِ تَبُوكَ، وَفِي بَعْضِهَا: فِي حِجَّةِ الْوَدَاعِ(٤)، وَفِي بَعْضِهَا: فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ(٥)، وَفِي بَعْضِهَا: عَامَ أَوْطَاسَ(٦).

وَأَكْثَرُ الصَّحَابَةِ وَجَمِيعُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى تَحْرِيمِهَا(٧).

---

(١) حكى الإجماع: ابن القطان: «الإقناع» (٢/ ٢٢).

(٢) رواه البخاري (٥١١٥)، ومسلم (١٤٠٧/ ٣٠): أنَّ عليًّا ﷺ، قال لابن عباس: «إن النبي ﷺ نهى عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية، زمن خيبر».

(٣) رواه مسلم (١٤٠٦/ ٢٢)، عن عبد الملك بن الربيع بن سبرة الجهني، عن أبيه، عن جده، قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح، حين دخلنا مكة، ثم لم نخرج منها حتى نهانا عنها».

(٤) رواه أبو داود (٢٠٧٢)، عن الزهري، قال: كنا عند عمر بن عبد العزيز، فتذاكرنا متعة النساء، فقال له رجل يقال له ربيع بن سبرة: أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ «نهى عنها في حجة الوداع». وهو معلول، والمحفوظ عام الفتح.

(٥) رواه عبد الرزاق (٧/ ٥٠٣)، عن معمر، والحسن، قالا: «ما حلَّت المتعة قط، إلا ثلاثًا في عمرة القضاء، ما حلت قبلها ولا بعدها».

(٦) رواه مسلم (١٤٠٥)، عن إياس بن سلمة، عن أبيه، قال: «رخَّص رسول الله ﷺ عام أوطاس، في المتعة ثلاثًا، ثم نهى عنها».

(٧) «الإقناع في مسائل الإجماع»، لابن القطان (٢/ ١٧).

وَاشْتُهِرَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ تَحْلِيلُهَا، وَتَبِعَ ابْنَ عَبَّاسٍ عَلَى الْقَوْلِ بِهَا أَصْحَابُهُ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ وَأَهْلِ الْيَمَنِ(١).

وَرَوَوْا أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَحْتَجُّ لِذَلِكَ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وَفِي حَرْفٍ عَنْهُ: إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى(٢).

وَرُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ قَالَ: مَا كَانَتِ الْمُتْعَةُ إِلَّا رَحْمَةً مِنَ اللهِ ﷻ رَحِمَ بِهَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ ﷺ، وَلَوْلَا نَهْيُ عُمَرَ عَنْهَا مَا اضْطُرَّ إِلَى الزِّنَا إِلَّا شَقِيٌّ(٣).

وَهَذَا الَّذِي رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، رَوَاهُ عَنْهُ: ابْنُ جُرَيْجٍ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ.

وَعَنْ عَطَاءٍ قَالَ: «سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللهِ يَقُولُ: تَمَتَّعْنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ، وَنِصْفًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، ثُمَّ نَهَى عَنْهَا عُمَرُ النَّاسَ»(٤).

١٦٩٤ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي النِّكَاحِ الَّذِي تَقَعُ فِيهِ الْخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ غَيْرِهِ: فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ:

---

(١) «المغني» (٧/ ١٧٨).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٤٩٨) عن ابن جريج، قال: أخبرني عطاء أنه سمع ابن عباس، يراها الآن حلالًا، وأخبرني أنه كان يقرأ: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ إِلَىٰ أَجَلٍ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

(٣) رواه عبد الرزاق (٧/ ٤٩٧) عن عطاء قال: وسمعت ابن عباس يقول: «يرحم الله عمر ما كانت المتعة إلا رخصة من الله ﷻ، رحم بها أمة محمد ﷺ، فلولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شقي».

(٤) رواه مسلم (١٤٠٥/ ١٥)، عن عطاء: قدم جابر بن عبد الله معتمرًا فجئناه في منزله، فسأله القوم عن أشياء، ثم ذكروا المتعة، فقال: «نعم، استمتعنا على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وعمر».

قَوْلٌ بِالْفَسْخِ[(١)].

وَقَوْلٌ بِعَدَمِ الْفَسْخِ[(٢)].

وَفُرِّقَ بَيْنَ أَنْ تَرِدَ الْخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ الرُّكُونِ وَالْقُرْبِ مِنَ التَّمَامِ، أَوْ لَا تَرِدَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ.

١٦٩٥ وَأَمَّا **نِكَاحُ الْمُحَلِّلِ** ـ أَعْنِي: الَّذِي يَقْصِدُ بِنِكَاحِهِ تَحْلِيلَ الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا:

فَإِنَّ مَالِكًا[(٣)] قَالَ: هُوَ نِكَاحٌ مَفْسُوخٌ.

---

(١) قال الزرقاني: «(وفسخ) عقدة الثاني حال خطبة الأول بطلاق وجوبًا، لحقِّ الله تعالى وإن لم يطلبه الخاطب الأول، وظاهره: وإن لم يعلم الثاني بخطبة الأول (إن لم يبن) الثاني، حيث استمر الركون أو كان الرجوع لأجل خطبة ذلك الثاني؛ فإن كان لغيرها لم يفسخ، ومحله أيضًا إن لم يحكم بصحة نكاح الثاني حاكم يراه وإلا لم يفسخ». «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٣/ ٢٩٣).

(٢) وهذا قول الإمامين الشافعي، وأحمد.

«المهذب في فقه الإمام الشافعي»، للشيرازي (٢/ ٤٤٩)، «كفاية النبيه في شرح التنبيه»، لابن الرفعة (١٣/ ١٥٢).

قال الرحيباني: «(ويصح عقد مع خطبة حرمت) على خاطب، بأن عقد على امرأة خطبها غيره قبله، فأجابته؛ لأنَّ أكثر ما في ذلك تقديم الحظر على العقد، وهو غير مانع من صحة العقد؛ أشبه ما لو قدم على العقد تصريحًا أو تعريضًا محرمًا، بخلاف البيع على بيع مسلم».

«مطالب أولي النهى» (٥/ ٢٦)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٣٠).

(٣) قال الدَّردير: «ومثَّل للفاسد الذي لا يثبت بالدخول بقوله: (كمحلل): وهو من تزوجها بقصد تحليلها لغيره إذا نوى مفارقتها بعد وطئها، أو لا نية له، بل (وإن نوى الإمساك): أي إمساكها وعدم فراقها على تقدير (إن أعجبته) فلا يحلها وهو نكاح فاسد على كل حال، ويفسخ أبدًا بطلقة بائنة للاختلاف فيه». «الشرح الصغير» (٢/ ٤١٣). «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٣٣).

قال البهوتي: «(نكاح المحلل) سمِّي محلِّلًا لقصده الحل في موضع لا يحصل فيه الحل (بأن يتزوجها)؛ أي: المطلقة ثلاثًا (بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها أو) يتزوجها بشرط أنه متى أحلها للأول فـ (لا نكاح بينهما أو اتفقا عليه)؛ أي: على أنه =

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢): هُوَ نِكَاحٌ صَحِيحٌ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ**»(٣) الْحَدِيثَ.

فَمَنْ فَهِمَ مِنَ اللَّعْنِ التَّأْثِيمَ فَقَطْ قَالَ: النِّكَاحُ صَحِيحٌ.

وَمَنْ فَهِمَ مِنَ التَّأْثِيمِ فَسَادَ الْعَقْدِ تَشْبِيهًا بِالنَّهْيِ الَّذِي يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ قَالَ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ.

فَهَذِهِ هِيَ الْأَنْكِحَةُ الْفَاسِدَةُ بِالنَّهْيِ.

١٦٩٦ وَأَمَّا الْأَنْكِحَةُ الْفَاسِدَةُ بِمَفْهُومِ الشَّرْعِ:

فَإِنَّهَا تَفْسُدُ إِمَّا بِإِسْقَاطِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ صِحَّةِ النِّكَاحِ.

أَوْ لِتَغْيِيرِ حُكْمٍ وَاجِبٍ بِالشَّرْعِ مِنْ أَحْكَامِهِ مِمَّا هُوَ عَنِ اللهِ ـ ﷻ.

وَإِمَّا بِزِيَادَةٍ تَعُودُ إِلَى إِبْطَالِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ.

وَأَمَّا الزِّيَادَاتُ الَّتِي تَعْرِضُ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى:

فَإِنَّهَا لَا تُفْسِدُ النِّكَاحَ بِاتِّفَاقٍ.

[١٦٩٦/...] وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي لُزُومِ الشُّرُوطِ الَّتِي بِهَذِهِ الصِّفَةِ أَوْ لَا

= متى أحلها للأول طلقها أو لا نكاح بينهما قبله؛ أي: قبل العقد ولم يرجع عن نيته عند العقد. (أو نوى) المحلل (ذلك)؛ أي: أنه متى أحلها للأول طلقها (ولم يرجع عن نيته عند العقد وهو)؛ أي: النكاح في الصور المذكورة (حرام غير صحيح)». «كشاف القناع» (٥/ ٩٤ ـ ٩٥)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ١٥١، ١٥٢).

(١) «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٧). (٢) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٣٢ ـ ٣٣٣).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٣)، وابن أبي شيبة (٤/ ٢٩٦)، وابن الجارود (٦٨٤)، والبيهقي (٧/ ٢٠٨)، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة ﷺ به.
قال الترمذي في «العلل» (١/ ٤٣٧): سألت محمدًا ـ يعني البخاري ـ عن هذا الحديث؟
فقال: هو حديث حسنٌ.
وقال الحافظ ابن حَجَر في «الدراية»: (٢/ ٧٣): «رجاله مُوَثَّقُون».

لُزُومِهَا، مِثْلَ أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَتَسَرَّى، أَوْ لَا يَنْقُلَهَا مِنْ بَلَدِهَا:

فَقَالَ مَالِكٌ(١): إِنِ اشْتُرِطَ ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ يَمِينٌ بِعِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ، إِلَّا أَنْ يُطَلِّقَ أَوْ يَعْتِقَ مَنْ أَقْسَمَ عَلَيْهِ، فَلَا يَلْزَمُ الشَّرْطُ الْأَوَّلُ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣).

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَابْنُ شُبْرُمَةَ(٤): لَهَا شَرْطُهَا وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ.

وَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ(٥): كَانَ مَنْ أَدْرَكْتُ مِنَ الْعُلَمَاءِ يَقْضُونَ بِهَا.

---

(١) قال الدردير: «وفسخ قبل الدخول وجوبًا (ما)؛ أي: نكاح (فسد لصداقه) إما لكونه لا يملك شرعًا كخمر وخنزير، أو يملك ولا يصح بيعه كآبق (أو) وقع (على شرط يناقض) المقصود من العقد (كأن لا يقسم لها) في المبيت مع زوجة أخرى (أو) شرط أن (يؤثر عليها) غيرها كأن يجعل لضرَّتها ليلتين ولها ليلة أو شرط أن لا ميراث بينهما أو نفقة معينة كل شهر أو يوم أو أن نفقتها عليها وعلى أبيها، أو شرطت عليه أن ينفق على ولدها أو على أنَّ أمْرَها بيدها، أو شرطت زوجة الصغير أو السفيه أو العبد أن نفقتها على الولي أو السيد؛ فإن النكاح يفسخ في الجميع قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط».
«الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٢٣٨)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ١٩٥، ١٩٦).

(٢) قال الشربيني: «(كشرط أن لا يتزوج عليها أو) أن (لا نفقة لها صح النكاح)، لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء (وفسد الشرط) سواء أكان لها كالمثال الأول أو عليها.. (و) فسد (المهر) أيضًا؛ لأن الشرط إن كان لها فلم ترض بالمسمَّى وحده، وإن كان عليها فلم يرض الزوج ببدل المسمَّى إلا عند سلامة ما شرطه، وليس له قيمة ما يرجع إليها فوجب الرجوع إلى مهر المثل».
«مغني المحتاج» (٤/ ٣٧٧)، «تحفة المحتاج» (٧/ ٣٨٧).

(٣) «تبيين الحقائق» (٢/ ١٤٨ ـ ١٤٩)، «البحر الرائق» (٣/ ١٧١).
ومذهب الحنابلة ينظر: «كشاف القناع» (٥/ ٩١)، «الشرح الكبير على متن المقنع» (٧/ ٥٢٦).

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٣).

(٥) «المغني» (٧/ ٩٣).

وَقَوْلُ الْجَمَاعَةِ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ[١]، وَقَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ[٢].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِلْخُصُوصِ.

فَأَمَّا الْعُمُومُ: فَحَدِيثُ عَائِشَةَ رضي الله عنها: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ النَّاسَ، فَقَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ**»[٣].

وَأَمَّا الْخُصُوصُ: فَحَدِيثُ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**»[٤].

وَالْحَدِيثَانِ صَحِيحَانِ، خَرَّجَهُمَا الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ، إِلَّا أَنَّ الْمَشْهُورَ عِنْدَ الْأُصُولِيِّينَ الْقَضَاءُ بِالْخُصُوصِ عَلَى الْعُمُومِ، وَهُوَ لُزُومُ الشُّرُوطِ[٥].

وَهُوَ ظَاهِرُ مَا وَقَعَ فِي «الْعُتْبِيَّةِ»[٦]، وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُورُ خِلَافَ ذَلِكَ.

١٦٩٧ وَأَمَّا الشُّرُوطُ الْمُقَيَّدَةُ بِوَضْعٍ مِنَ الصَّدَاقِ:

فَإِنَّهُ قَدِ اخْتَلَفَ فِيهَا الْمَذْهَبُ اخْتِلَافًا كَثِيرًا - أَعْنِي: فِي لُزُومِهَا، أَوْ عَدَمِ لُزُومِهَا، **وَلَيْسَ كِتَابُنَا هَذَا مَوْضُوعًا عَلَى الْفُرُوعِ**.

١٦٩٨ **وَأَمَّا حُكْمُ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ إِذَا وَقَعَتْ:**

فَمِنْهَا:

(أ) مَا اتَّفَقُوا عَلَى فَسْخِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، وَهُوَ مَا كَانَ مِنْهَا فَاسِدًا بِإِسْقَاطِ

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٤٤١). (٢) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٥٥)، ومسلم (١٥٠٤).

(٤) رواه البخاري (٢٧٢١) (١٤١٨)، عن عقبة بن عامر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **«أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»**.

(٥) «تشنيف المسامع بجمع الجوامع»، للزركشي (٢/ ٨٠٧).

(٦) كتاب معروف فى مذهب مالك، ألفه محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي القرطبي المالكي، من أهل الأندلس. وهو من العلماء الأعلام من علماء المالكية، وهو الذي جمع المستخرجة، وكثر فيها الحديث من الروايات المطروحة، والمسائل الغريبة الشاذة، وكان يؤتى بالمسألة الغريبة؛ فإذا سمعها قال: ادخلوها في المُسْتَخْرَجَة. «تاريخ علماء الأندلس»، لابن الفرضي (٢/ ٨ - ٩).

شَرْطٍ مُتَّفَقٍ عَلَى وُجُوبِ صِحَّةِ النِّكَاحِ بِوُجُودِهِ، مِثْلَ أَنْ يَنْكِحَ مُحَرَّمَةَ الْعَيْنِ(١).

وَمِنْهَا:

(ب) مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي ضَعْفِ عِلَّةِ الْفَسَادِ وَقُوَّتِهَا، وَلِمَا يَرْجِعُ مِنَ الْإِخْلَالِ بِشُرُوطِ الصِّحَّةِ.

وَمَالِكٌ فِي هَذَا الْجِنْسِ ـ وَذَلِكَ فِي الْأَكْثَرِ ـ يَفْسَخُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيُثْبِتُهُ بَعْدَهُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ عِنْدَهُ: أَنْ لَا فَسْخَ، وَلَكِنَّهُ يَحْتَاطُ بِمَنْزِلَةِ مَا يَرَى فِي كَثِيرٍ مِنَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنَّهُ يَفُوتُ بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

[١٦٩٨/أ] وَيُشْبِهُ أَنَّ تَكُونَ هَذِهِ عِنْدَهُ هِيَ الْأَنْكِحَةَ الْمَكْرُوهَةَ وَإِلَّا فَلَا وَجْهَ لِلْفَرْقِ بَيْنَ الدُّخُولِ وَعَدَمِ الدُّخُولِ، وَالِاضْطِرَابُ فِي الْمَذْهَبِ فِي هَذَا الْبَابِ كَثِيرٌ! وَكَأَنَّ هَذَا رَاجِعٌ عِنْدَهُ إِلَى قُوَّةِ دَلِيلِ الْفَسْخِ وَضَعْفِهِ، فَمَتَى كَانَ الدَّلِيلُ عِنْدَهُ قَوِيًّا فُسِخَ قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ، وَمَتَى كَانَ ضَعِيفًا فُسِخَ قَبْلُ وَلَمْ يُفْسَخْ بَعْدُ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ الدَّلِيلُ الْقَوِيُّ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ.

[١٦٩٨/ب] وَمِنْ قِبَلِ هَذَا أَيْضًا: اخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ فِي وُقُوعِ الْمِيرَاثِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ إِذَا وَقَعَ الْمَوْتُ قَبْلَ الْفَسْخِ(٢)، وَكَذَلِكَ وُقُوعُ الطَّلَاقِ فِيهِ:

فَمَرَّةً اعْتُبِرَ فِيهِ الِاخْتِلَافُ وَالِاتِّفَاقُ.

وَمَرَّةً اعْتُبِرَ فِيهِ الْفَسْخُ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ عَدَمِهِ.

وَقَدْ نَرَى أَنْ نَقْطَعَ هَا هُنَا الْقَوْلَ فِي هَذَا الْكِتَابِ، فَإِنَّ مَا ذَكَرْنَا مِنْهُ كِفَايَةٌ بِحَسَبِ غَرَضِنَا الْمَقْصُودِ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٠١)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧)، وابن قدامة في «المغني» (١٢/ ٣٤٤)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٦٩).

(٢) قال الموَّاق: «(لا أتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة) تقدم نصّها: كل نكاح فاسد لا يختلف فيه؛ فإنه يفسخ بغير طلاق، وإن طلق فيه لم يلزمه ولا يتوارثان كمتزوج الخامسة وأخته من الرضاعة». «التاج والإكليل» (٥/ ٩٠)، «منح الجليل» (٣/ ٣٠٧).

[كِتَابُ الطَّلَاقِ]

[الْجُمْلَةُ الْأُولَى فِي أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ]

كِتَابُ الطَّلَاقِ، وَالْكَلَامُ فِي هَذَا الْبَابِ يَنْحَصِرُ فِي **أَرْبَعِ جُمَلٍ**:

الْجُمْلَةُ الْأُولَى: فِي أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ.

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: فِي أَرْكَانِ الطَّلَاقِ.

الْجُمْلَةُ الثَّالِثَةُ: فِي الرَّجْعَةِ.

الْجُمْلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي أَحْكَامِ الْمُطَلَّقَاتِ.

الْجُمْلَةُ الْأُولَى

وَفِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ(١) **وَالرَّجْعِيِّ**(٢).

الْبَابُ الثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ الطَّلَاقِ السُّنِّيِّ(٣) **مِنَ الْبِدْعِيِّ**(٤).

---

(١) الطلاق البائن: هو الذي لا يملك الزوج فيه استرجاع المرأة إلا بعقد جديد. انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر»، لابن الأثير (١/ ١٧٥).

(٢) الطلاق الرجعي: هو ارتجاع الزوجة المطلقة غير البائنة إلى النكاح من غير استئناف عقد. انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر»، لابن الأثير (٢/ ٢٠١).

(٣) طلاق السُّنَّة: هو ما أذن فيه الرسول ﷺ، وهو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في ثلاثة أطهار. انظر: «المطلع»، للبعلي (ص٤٠٦)، «التعريفات»، للجرجاني (ص١٤١).

(٤) طلاق البدعة: وهو ما نهى عنه رسول الله ﷺ وهو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا بكلمة واحدة في طهر واحد. انظر: «المطلع على ألفاظ المقنع»، للبعلي (ص٤٠٦)، «التعريفات»، للجرجاني (ص١٤١).

وَالْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْخُلْعِ(١).

الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي تَمْيِيزِ الطَّلَاقِ مِنَ الْفَسْخِ.

الْبَابُ الْخَامِسُ: فِي التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ

١٦٩٩ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ نَوْعَانِ:

بَائِنٌ، وَرَجْعِيٌّ.

وَأَنَّ الرَّجْعِيَّ هُوَ الَّذِي يَمْلِكُ فِيهِ الزَّوْجُ رَجْعَتَهَا مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهَا، وَأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ فِي مَدْخُولٍ بِهَا.

وَإِنَّمَا اتَّفَقُوا عَلَى هَذَا، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] إِلَى قَوْله تَعَالَى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝١﴾ [الطلاق: ١](٢).

وَلِلْحَدِيثِ الثَّابِتِ أَيْضًا، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «أَنَّهُ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُرَاجِعَ زَوْجَتَهُ لَمَّا طَلَّقَهَا حَائِضًا»(٣).

[١٦٩٩/...] وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا(٤).

---

(١) الخُلع: أن يطلق الرجل زوجته على عوض تبذله له، وفائدته إبطال الرجعة إلا بعقد جديد. انظر: «النهاية»، لابن الأثير (٢/ ٦٥)، و«الزاهر»، للأزهري (ص٢١٢).

(٢) حكى الإجماع: ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٤٠).

(٣) رواه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١)، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: **«مُره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»**.

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦٣)، والماوردي في «الحاوي» (١٣/ ١٦٤)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٢٠).

وَأَمَّا الطَّلَاقُ الْبَائِنُ:

١٧٠٠ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْبَيْنُونَةَ إِنَّمَا تُوجَدُ لِلطَّلَاقِ مِنْ قِبَلِ عَدَمِ الدُّخُولِ، وَمِنْ قِبَلِ عَدَدِ التَّطْلِيقَاتِ(١)، وَمِنْ قِبَلِ الْعِوَضِ فِي الْخُلْعِ(٢) عَلَى اخْتِلَافٍ بَيْنَهُمْ: هَلِ الْخُلْعُ طَلَاقٌ أَوْ فَسْخٌ، عَلَى مَا سَيَأْتِي بَعْدُ.

١٧٠١ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْعَدَدَ الَّذِي يُوجِبُ الْبَيْنُونَةَ فِي طَلَاقِ الْحُرِّ ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ إِذَا وَقَعَتْ مُفْتَرِقَاتٍ(٣)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الْآيَةَ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٦٤)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١١٢)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٢٥)، وابن القطان فِي «الإقناع» (٢/ ٣٥ ـ ٣٦)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٤٩١)، والعيني في «البناية» (٤/ ٤٩٥).

(٢) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٨٢)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٥/ ١٤٤)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣/ ١٥٥).

(٣) قال ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٣٤): «ولا خلاف في أنَّ الحُرَّ الذي زوجته حرة، طلاقه ثلاث، وأن العبد الذي تحته أَمَة، طلاقه اثنتان».

ذهب الحنفية، كما في «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٧)، «البناية شرح الهداية» (٥/ ٣٠٢)، والإمام أحمد في رواية عنه ـ كما في «الإنصاف» (٩/ ٣)، «الشرح الكبير» (٢٢/ ٣٠٧)، إلى أنّ الطلاق معتبر بالنساء، فيملك زوج الحرة ثلاث تطليقات، حرًّا كان أو عبدًا، ويملك زوج الأمة تطليقتين حرًّا كان أو عبدًا. وهو قول علي، وابن مسعود رضي الله عنهما، والحسن، وابن سيرين، وقتادة، والنخعي، والشعبي، وعكرمة، ومجاهد، والثوري، والحسن بن حي.

«زاد المعاد» (٥/ ٢٧٥)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٨).

● أدلة هذا القول: حملوا ما ورد من الأدلة التي ذكرت الطلاق على أن المراد بها الحرة، لقرائن وردت في كتاب الله؛ منها: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. قالوا: الأمة لا تملك الافتداء بغير إذن المولى، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).

قالوا: والأمة لا تستطيع أن تنكح نفسها بغير إذن مولاها.

«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).

= وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. قالوا: أي: يتناكحا بعد طلاق الزوج الثاني، وهذا في الحر والحرة.
«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).
استدلوا بما روته عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان».
أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٤).
قال أبو داود: وهو حديث مجهول.
وقال الترمذي: حديث عائشة حديث غريب، لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر بن أسلم لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث.
قال الدارقطني (٤/ ٢٧): ليس في البصرة أنكر من حديث مظاهر، عن عائشة.
وقال ابن حَجَر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢١٢ ـ ٢١٣): روي حديث ابن عمر عنه موقوفًا، وروي مرفوعًا، والمرفوع فيه عمر بن شبيب، وعطية العوفي؛ وهما ضعيفان. وصحَّح الدارقطني، والبيهقي الموقوف.
• وجه الدلالة: جعل النبي ﷺ طلاق الإماء اثنتين؛ إذ دخلت لام الجنس على الأَمَة، فيشمل بذلك كل أَمَة، سواء كان زوجها حرًّا أو عبدًا، فلا تطلق سوى طلقتين.
«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).
عن ابن عباس ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: **«الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»**.
أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٧٠).
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٩٨): حديث غريب مرفوعًا، والصحيح أنه موقوف على ابن عباس.
وقال عبد الله بن عمر ﵄، وعثمان البتي: ينظر لحال الزوجين، فأيهما كان رقيقًا كان الطلاق بسبب رقه تطليقتين، فالحر يطلق الأمة تطليقتين، وتعتد بحيضتين، والعبد يطلق الحرة تطليقتين، وتعتد بثلاث حيض.
«السُّنن الكبرى»، للبيهقي (٧/ ٣٦٩)، «زاد المعاد» (٥/ ٢٧٤)، «عارضة الأحوذي» (٥/ ١٢٢).
ويرى ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٥٠٢) أنه لا فرق بين طلاق الحر وطلاق العبد، فالزوج يطلق ثلاث تطليقات، حرًّا كان أو عبدًا، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة.
وقواه الزركشي من الحنابلة كما في «الإنصاف» (٩/ ٣).

١٧٠٢ وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَقَعَتْ ثَلَاثًا فِي اللَّفْظِ دُونَ الْفِعْلِ.

وَكَذَلِكَ اتَّفَقَ الْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الرِّقَّ مُؤَثِّرٌ فِي إِسْقَاطِ أَعْدَادِ الطَّلَاقِ، وَأَنَّ الَّذِي يُوجِبُ الْبَيْنُونَةَ فِي الرِّقِّ اثْنَتَانِ.

وَاخْتَلَفُوا: هَلْ هَذَا مُعْتَبَرٌ بِرِقِّ الزَّوْجِ، أَوْ بِرِقِّ الزَّوْجَةِ، أَمْ بِرِقِّ مَنْ رُقَّ مِنْهُمَا؟

فَفِي هَذَا الْبَابِ إِذَنْ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

[١٧٠٢/أ] الْمَسْأَلَةُ الأُولَى: جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ بِلَفْظِ الثَّلَاثِ حُكْمُهُ حُكْمُ الطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ(١)(٢).

= • أدلة هذا القول:

١ ـ حملوا الآيات الواردة في الطلاق على كل مطلِّق، فإنَّ الله تعالى سوَّى بين طلاق كل ناكح من حر أو عبد، أو عربي أو عجمي، أو مريض أو صحيح. «المحلى» (٩/ ٥٠٣).

٢ ـ أن الطلاق بيد الناكح، وليس بيد سواه، فيستوي فيه الحر والعبد. «المحلى» (٩/ ٥٠٣)، «موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٣/ ٥٢٦ ـ ٥٢٧).

(١) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤): «أما وقوع الثلاث تطليقات مجتمعات بكلمة واحدة، فالفقهاء مختلفون في هيئة وقوعها كذلك، هل تقع للسنة أم لا؟ مع إجماعهم على أنها لازمة لمن أوقعها».

وقال أيضًا: «... وقوع الثلاث مجتمعات غير متفرقات، ولزومها، وهو ما لا خلاف فيه بين أئمة الفتوى بالأمصار، وهو المأثور عن جمهور السلف».

وقال أيضًا: «... الطلاق الثلاث مجتمعات لا يقعن لسُنّة... وهم مع ذلك يلزمونه ذلك الطلاق، ويحرِّمون به امرأته، إلا بعد زوج، كما لو أوقعها متفرقات عند الجميع».

(٢) قال المرغيناني: «ومن قال لامرأته، وهي من ذوات الحيض، وقد دخل بها: أنت طالق ثلاثًا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة؛ لأنَّ اللام فيه للوقت ووقت السُّنَّة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى، سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر. وقال زفر ﵀: لا تصح نية الجمع؛ لأنه بدعة، وهي ضد السُّنَّة». «الهداية» (١/ ٢٢٣)، «الاختيار» (٣/ ١٢٣). =

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ وَجَمَاعَةٌ[(١)]: حُكْمُهُ حُكْمُ الْوَاحِدَةِ، وَلَا تَأْثِيرَ لِلَّفْظِ فِي ذَلِكَ. وَحُجَّةُ هَؤُلَاءِ: ظَاهِرُ قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إِلَى قَوْلِهِ فِي الثَّالِثَةِ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وَالْمُطَلِّقُ بِلَفْظِ الثَّلَاثِ مُطَلِّقٌ وَاحِدَةٍ لَا مُطَلِّقٌ ثَلَاثٍ.

وَاحْتَجُّوا أَيْضًا، بِمَا خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةٌ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ عُمَرُ»[(٢)].

وَاحْتَجُّوا أَيْضًا، بِمَا رَوَاهُ ابْنُ إِسْحَاقَ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «طَلَّقَ رُكَانَةُ زَوْجَهُ ثَلَاثًا، فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَحَزِنَ عَلَيْهَا حُزْنًا شَدِيدًا، فَسَأَلَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **كَيْفَ طَلَّقْتَهَا؟** قَالَ: طَلَّقْتُهَا ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، قَالَ: **إِنَّمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَارْتَجِعْهَا**»[(٣)].

= قال الدَّرْدير: «(ونجزت)؛ أي: عجلت (الثلاث في) قوله لها: أنت طالق (شر الطلاق ونحوه) كأسمجه وأقذره وأنتنه وأكثره مدخولًا بها أم لا؟ ونجزت الثلاث أيضًا في قوله لها أنت (طالق ثلاثًا للسنة)؛ لأنه بمنزلة أنت طالق في كل طهر مرة وهذا (إن دخل) بها (وإلا فواحدة) ضعيفٌ، والمعتمد الثلاث أيضًا». «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٣٦٤)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٣٠).
قال الشربيني: «(ولا يحرم جمع الطلقات) «لأنَّ عويمرًا العجلاني لما لاعن امرأته عند رسول الله ﷺ طلقها ثلاثًا قبل أن يخبره ﷺ أنها تبين باللعان» متفق عليه.
فلو كان إيقاع الثلاث حرامًا لنهاه عن ذلك ليعلمه هو ومن حضره، .... أفهم كلام المصنف وقوع الثلاث عند جمعهن، وعليه اقتصر الأئمة».
«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٢)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٨٢، ٨٣).
قال البهوتي: «(وإن طلقها)؛ أي: طلق رجل زوجته (ثلاثًا بكلمة) حرمت نصًّا ووقعت، ويروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر...».
«كشاف القناع» (٥/ ٢٤٠)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ١١٠).

(١) سيأتي.

(٢) رواه مسلم (١٤٧٢)، وانفرد به دون البخاري.

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٦٥)، وأبو يعلى (٢٥٠٠)، والبيهقي (٧/ ٣٣٩)، من طرق، عن =

وَقَدِ احْتَجَّ مَنِ انْتَصَرَ لِقَوْلِ الْجُمْهُورِ؛ بِأَنَّ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ الْوَاقِعَ فِي «الصَّحِيحَيْنِ»:

إِنَّمَا رَوَاهُ عَنْهُ مِنْ أَصْحَابِهِ طَاوُسٌ، وَأَنَّ جِلَّةَ أَصْحَابِهِ رَوَوْا عَنْهُ لُزُومَ الثَّلَاثِ، مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ، وَمُجَاهِدٌ، وَعَطَاءٌ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ وَجَمَاعَةٌ غَيْرُهُمْ(١).

وَأَنَّ حَدِيثَ ابْنِ إِسْحَاقَ: وَهْمٌ، وَإِنَّمَا رَوَى الثِّقَاتُ أَنَّهُ طَلَّقَ رُكَانَةُ زَوْجَهُ

= ابن عباس قال: «طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني مطلب امرأته ثلاثًا في مجلس واحد، فحزن عليها حزنًا شديدًا قال: فسأله رسول الله ﷺ **كيف طلقتها**؟ قال: طلقتها ثلاثًا، فقال: **في مجلس واحد**. قال: نعم، قال: **فإنما تلك واحدة، فأرجعها إنْ شئت**. قال: فرجعها».

فكان ابن عباس يرى إنما الطلاق عند كل طهر.

قال البيهقي: «وهذا الإسناد لا تقوم به الحجة، مع ثمانية رووا عن ابن عباس رضي الله عنه فتياه بخلاف ذلك، ومع رواية أولاد ركانة أنّ طلاق ركانة كان واحدة».

وقال الحافظ: «وهو معلول». «التلخيص» (٣/ ٢١٣).

وأخرج عبد الرزاق (١١٣٣٤ و١١٣٣٥) ـ ومن طريقه: أبو داود (٢١٩٦)، والبيهقي (٧/ ٣٣٩): عن ابن جُريج قال: أخبرني بعض بني أبي رافع، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: طلق عبد يزيد أبو ركانة وإخوتِهِ أمّ ركانة ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي ﷺ وقالت: ما يغني عني إلا كما يغني هذه الشعرة؛ لشعرة أخذتها من رأسها ـ ففرّق بيني وبينه، فأخذت النبي ﷺ حمية، فدعا بركانة وإخوته وقال لجلسائه: أترون فلانًا يشبه منه كذا ـ من عبد يزيد ـ وفلانًا منه كذا؟ قالوا: نعم. فقال النبي ﷺ لعبد يزيد طلقها ففعل. فقال: راجع امرأتك أم ركانة. فقال: إني طلقتها ثلاثًا، يا رسول الله، قال: **«قد علمت، راجعها»**، وتلا بآية النساء.

قال الخطابي في «معالم السُّنن» (٢/ ٦٤٥ ـ ٦٤٦): «في إسناد هذا الحديث مقال؛ لأنّ ابن جريج إنما رواه عن بعض بني أبي رافع ولم يسمه، والمجهول لا تقوم به الحجة».

وقال ابن حزم في «المحلى» (١١/ ٤٦٢): «وهذا لا يصح؛ لأنه عن غير مسمًّى من بني أبي رافع، ولا حجة في مجهول، وما نعلم في بني أبي رافع من يحتج به، إلا عبيد الله وحده وسائرهم مجهولون».

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٢٤).

الْبَتَّةَ لَا ثَلَاثًا[١].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ الْحُكْمُ الَّذِي جعَلَهُ الشَّرْعُ مِنَ الْبَيْنُونَةِ لِلطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ يَقَعُ بِإِلْزَامِ الْمُكَلَّفِ نَفْسَهُ هَذَا الْحُكْمَ فِي طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ، أَمْ لَيْسَ يَقَعُ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا أَلْزَمَ الشَّرْعُ؟

فَمَنْ شَبَّهَ الطَّلَاقَ بِالْأَفْعَالِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ وُقُوعِهَا كَوْنُ الشُّرُوطِ الشَّرْعِيَّةِ فِيهَا كَالنِّكَاحِ وَالْبُيُوعِ ـ قَالَ: لَا يَلْزَمُ.

وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالنُّذُورِ وَالْأَيْمَانِ الَّتِي مَا الْتَزَمَ الْعَبْدُ مِنْهَا ـ لَزِمَهُ عَلَى أَيِّ صِفَةٍ كَانَ؛ أَلْزَمَ الطَّلَاقَ كَيْفَمَا أَلْزَمَهُ الْمُطَلِّقُ نَفْسَهُ.

وَكَأَنَّ الْجُمْهُورَ غَلَّبُوا حُكْمَ التَّغْلِيظِ فِي الطَّلَاقِ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ، وَلَكِنْ تَبْطُلُ بِذَلِكَ الرُّخْصَةُ الشَّرْعِيَّةُ وَالرِّفْقُ الْمَقْصُودُ فِي ذَلِكَ ـ أَعْنِي: فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝١﴾ [الطلاق: ١].

[١٧٠٢/ب] الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي اعْتِبَارِ نَقْصِ عَدَدِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ بِالرِّقِّ:

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمُعْتَبَرُ فِيهِ الرِّجَالُ، فَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا كَانَ طَلَاقُهُ الْبَائِنُ الطَّلْقَةَ الثَّانِيَةَ، سَوَاءٌ كَانَتِ الزَّوْجَةُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَمِنَ الصَّحَابَةِ: عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٢٦).

(٢) «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٥٣)، «المعونة»، للقاضي عبد الوهاب (ص٨٢٥).

(٣) قال الشربيني: «(وللعبد طلقتان فقط)، وإن كانت الزوجة حرة، لما روى الدارقطني، مرفوعًا: «**طلاق العبد اثنتان**». وروي عن عثمان وزيد بن ثابت، ولا مخالف لهما من الصحابة.
والمكاتَب والمبعَّض والمُدبَّر كالقن، وإنما لم تعتبر حرية الزوجة؛ لأنَّ الاعتبار في الطلاق بالزوج. . . . وقد يملك العبد ثالثة كذمي طلق زوجته طلقتين، ثم التحق بدار الحرب واسترق، ثم أراد نكاحها فإنها تحل له على الأصح، ويملك عليها الثالثة؛ =

وَابْنُ عَبَّاسٍ(١) ـ وَإِنْ كَانَ اخْتُلِفَ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ ـ لَكِنَّ الْأَشْهَرَ عَنْهُ هُوَ هَذَا الْقَوْلُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ هُوَ بِالنِّسَاءِ، فَإِذَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ أَمَةً كَانَ طَلَاقُهَا الْبَائِنُ الطَّلْقَةَ الثَّانِيَةَ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ حُرًّا.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ مِنَ الصَّحَابَةِ: عَلِيٌّ، وَابْنُ مَسْعُودٍ(٢).

وَمِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ أَبُو حَنِيفَةَ(٣) وغيرُهُ(٤).

وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلٌ أَشَذُّ مِنْ هَذَيْنِ، وَهُوَ: أَنَّ الطَّلَاقَ يُعْتَبَرُ بِرِقِّ مَنْ رَقَّ مِنْهُمَا، قَالَ ذَلِكَ عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ وَغَيْرُهُ(٥).

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ(٦).

= لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين.
وطريان الرق لا يمنع الحل السابق، بخلاف ما لو طلقها طلقة ثم استُرق؛ فإنها تعود له بطلقة فقط؛ لأنه رق قبل استيفاء عدد العبيد، ومن عتق بعد طلقة بقي له طلقتان؛ لأنه عتق قبل استيفاء عدد العبيد أو بعد طلقتين لم يبق له شيء؛ لاستيفائه عدد العبيد في الرق».
«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٧)، «المجموع» (١٧/ ٦٩).
قال المرداوي: «قوله: (يملك الحر ثلاث طلقات، وإن كان تحته أمة، ويملك العبد اثنتين، وإن كان تحته حرة)، هذا المذهب نصَّ عليه، وعليه الأصحاب».
«الشرح الكبير» (٨/ ٣٢١)، «المغني» (٧/ ٥٠٥)، «الإنصاف» (٨/ ٤٩٨).

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٢٤). (٢) «الاستذكار» (٦/ ١٢٤).

(٣) قال ابن عابدين: «(قوله: واعتبار عدده بالنساء)؛ لقوله ﷺ: **«طلاق الأمة ثنتان، وعدَّتها حيضتان»**، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه. وقال الترمذي: حديث غريب؛ والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم. وفي الدارقطني، قال القاسم وسالم: عمل به المسلمون وتمامه في الفتح؛ وحقق أنه إن لم يكن صحيحًا فهو حسن. (قوله: مطلقًا) راجع إلى الحرة والأمة؛ أي: سواء كانت الحرة أو الأمة تحت حر أو عبد». «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٤٦).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ١٢٤). (٥) «الاستذكار» (٦/ ١٢٤).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ١٢٥).

وَسَبَبُ هَذَا الِاخْتِلَافِ: هَلِ الْمُؤَثِّرُ فِي هَذَا هُوَ رِقُّ الْمَرْأَةِ، أَوْ رِقُّ الرَّجُلِ.

فَمَنْ قَالَ: التَّأْثِيرُ فِي هَذَا هُوَ لِمَنْ بِيَدِهِ الطَّلَاقُ، قَالَ: يُعْتَبَرُ الرِّجَال.

وَمَنْ قَالَ: التَّأْثِيرُ فِي هَذَا لِلَّذِي يَقَعُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ، قَالَ: هُوَ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْمُطَلَّقَةِ، فَشَبَّهُوهَا بِالْعِدَّةِ.

[١٧٠٢/ج] وَقَدْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ بِالنِّسَاءِ ـ أَيْ: نُقْصَانُهَا تَابِعٌ لِرِقِّ النِّسَاءِ.

وَاحْتَجَّ **الْفَرِيقُ الْأَوَّلُ**: بِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، مَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ أَنَّهُ قَالَ: «**الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ، وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ**»[١]؛ إِلَّا أَنَّهُ حَدِيثٌ لَمْ يَثْبُتْ فِي الصِّحَاحِ.

وَأَمَّا مَنِ اعْتَبَرَ مَنْ رَقَّ مِنْهُمَا: فَإِنَّهُ جَعَلَ سَبَبَ ذَلِكَ هُوَ الرِّقُّ مُطْلَقًا، وَلَمْ يَجْعَلْ سَبَبَ ذَلِكَ لَا الذُّكُورِيَّةَ وَلَا الْأُنُوثِيَّةَ مَعَ الرِّقِّ.

[١٧٠٢/د] الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: وَأَمَّا كَوْنُ الرِّقِّ مُؤَثِّرًا فِي نُقْصَانِ عَدَدِ الطَّلَاقِ:

فَإِنَّهُ حَكَى قَوْمٌ أَنَّهُ إِجْمَاعٌ[٢].

وَأَبُو مُحَمَّدِ بْنُ حَزْمٍ[٣]، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ مُخَالِفُونَ فِيهِ، وَيَرَوْنَ أَنَّ الْحُرَّ وَالْعَبْدَ فِي هَذَا سَوَاءٌ[٤].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ الظَّاهِرِ فِي هَذَا لِلْقِيَاسِ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْجُمْهُورَ صَارُوا إِلَى هَذَا لِمَكَانِ قِيَاسِ طَلَاقِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ عَلَى حُدُودِهِمَا.

[١٧٠٢/هـ] وَقَدْ **أَجْمَعُوا** عَلَى كَوْنِ الرِّقِّ مُؤَثِّرًا فِي نُقْصَانِ الْحَدِّ[٥].

---

(١) رواه البيهقي في السُّنن الكبرى؛ موقوفًا (٧/ ٦٠٧).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٠٦). (٣) «المحلى» (٩/ ٥٠٢).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ١٧٧).

(٥) حكى الإجماع: ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٥٢).

أَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ: فَلَمَّا كَانَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمْ أَنَّ حُكْمَ الْعَبْدِ فِي التَّكَالِيفِ حُكْمُ الْحُرِّ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ.

وَالدَّلِيلُ عِنْدَهُمْ هُوَ نَصٌّ أَوْ ظَاهِرٌ مِنَ الْكِتَابِ أَوِ السُّنَّةِ.

وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ دَلِيلٌ مَسْمُوعٌ صَحِيحٌ وَجَبَ أَنْ يَبْقَى الْعَبْدُ عَلَى أَصْلِهِ(١).

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ قِيَاسُ الطَّلَاقِ عَلَى الْحَدِّ غَيْرَ سَدِيدٍ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِنُقْصَانِ الْحَدِّ رُخْصَةٌ لِلْعَبْدِ لِمَكَانِ نَقْصِهِ، وَأَنَّ الْفَاحِشَةَ لَيْسَتْ تَقْبُحُ مِنْهُ قُبْحَهَا مِنَ الْحُرِّ.

وَأَمَّا نُقْصَانُ الطَّلَاقِ: فَهُوَ مِنْ بَابِ التَّغْلِيظِ، لِأَنَّ وُقُوعَ التَّحْرِيمِ عَلَى الْإِنْسَانِ بِتَطْلِيقَتَيْنِ أَغْلَظُ مِنْ وُقُوعِهِ بِثَلَاثٍ، لِمَا عَسَى أَنْ يَقَعَ فِي ذَلِكَ مِنَ النَّدَمِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا سَلَكَ فِي ذَلِكَ سَبِيلَ الْوَسَطِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَوْ كَانَتِ الرَّجْعَةُ دَائِمَةً بَيْنَ الزَّوْجَةِ لَعَنَتَتِ الْمَرْأَةُ وَشَقِيَتْ، وَلَوْ كَانَتِ الْبَيْنُونَةُ وَاقِعَةً فِي الطَّلْقَةِ الْوَاحِدَةِ لَعَنَتَ الزَّوْجُ مِنْ قِبَلِ النَّدَمِ، وَكَانَ ذَلِكَ عسرًا عَلَيْهِ، فَجَمَعَ اللهُ بِهَذِهِ الشَّرِيعَةِ بَيْنَ الْمَصْلَحَتَيْنِ.

[١٧٠٢/و] وَلِذَلِكَ مَا نَرَى ـ وَاللهُ أَعْلَمُ ـ أَنَّ مَنْ أَلْزَمَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ فِي وَاحِدَةٍ، فَقَدْ رَفَعَ الْحِكْمَةَ الْمَوْجُودَةَ فِي هَذِهِ السُّنَّةِ الْمَشْرُوعَةِ.

[الْبَابُ الثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ الطَّلَاقِ السُّنِّيِّ مِنَ الْبِدْعِيِّ]

١٧٠٣ **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ**(٢) عَلَى أَنَّ الْمُطَلِّقَ لِلسُّنَّةِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا: هُوَ الَّذِي يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ فِي طُهْرٍ لَمْ يَمَسَّهَا فِيهِ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَأَنَّ الْمُطَلِّقَ فِي الْحَيْضِ الَّذِي مَسَّهَا فِيهِ غَيْرُ مُطَلِّقٍ لِلسُّنَّةِ(٣).

---

(١) «المحلى» (٣/ ٢٥٢).

(٢) حكى الإجماع: ابن المنذر: «الإشراف» (٥/ ١٨٤)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٣٩).

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦٣)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٧)، والماوردي في «الحاوي» (١٢/ ٢٨٩)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٥٤)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٣٢٥)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (١٠/ ١١٨).

=

وَإِنَّمَا أَجْمَعُوا عَلَى هَذَا، لِمَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ـ وَهِيَ حَائِضٌ ـ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ؛ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**»(١).

١٧٠٤ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي **ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ**:

الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ: هَلْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يُتْبِعَهَا طَلَاقًا فِي الْعِدَّةِ؟

وَالثَّانِي: هَلِ الْمُطَلِّقُ ثَلَاثًا ـ أَعْنِي: بِلَفْظِ الثَّلَاثِ ـ مُطَلِّقٌ لِلسُّنَّةِ أَمْ لَا؟

وَالثَّالِثُ: فِي حُكْمِ مَنْ طَلَّقَ فِي وَقْتِ الْحَيْضِ.

[١٧٠٤/أ] أَمَّا الْمَوْضِعُ الْأَوَّلُ: فَإِنَّهُ اخْتَلَفَ فِيهِ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣) وَمَنْ تَبِعَهُمَا:

= قال الترمذي في «الجامع» (٢/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤): «والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: أنَّ طلاق السُّنَّة أن يطلقها طاهرًا من غير جماع».
وقال المروزي في «اختلاف العلماء» (ص١٢٩): «أجمع أهل العلم على أنَّ الرجل إذا أراد أن يطلق امرأته للسنة، وهي ممن تحيض، أنه إن أمهلها حتى تطهر من حيضها، ثم طلقها من قبل أن يجامعها واحدة، ثم تركها حتى تنقضي عدتها، ولم يطلقها غير تلك التطليقة، أنه مطلق للسُّنَّة».

(١) رواه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١).

(٢) قال الموَّاق: «طلاق السُّنَّة ما كان في طهر لم يمس فيه بعد غسلها أو تيمُّمها طلقة واحدة فقط وغير هذا بدعي».
«التاج والإكليل» (٥/ ٣٠٠)، «حاشية الدسوقي» (٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٢).

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٣٢ ـ ٢٣٤)، «درر الحكام»، للمولى خسرو (١/ ٣٥٩).
قال الشِّرْبيني: «(ويحرم البدعي) لحصول الضرر به (وهو ضربان): **أحدهما**: (طلاق) من شخص (في حيض ممسوسة)؛ أي: موطوءة ولو في الدبر، ومثلها من استدخلت ماءه المحترم بالإجماع، كما نقله الماوردي. قال شيخنا: ولو في عدة طلاق رجعي، وهي تعتد بالأقراء، وهذه الغاية إنما تأتي على رأي مرجوح، هو أن الرجعية تستأنف. =

فَقَالَ مَالِكٌ: مِنْ شَرْطِهَا أَنْ لَا يُتْبِعَهَا فِي الْعِدَّةِ طَلَاقًا آخَرَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ طَلَّقَهَا عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ وَاحِدَةً كَانَ مُطَلِّقًا لِلسُّنَّةِ.

وَسَبَبُ هَذَا الِاخْتِلَافِ: هَلْ مِنْ شَرْطِ هَذَا الطَّلَاقِ أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ الزَّوْجِيَّةِ بَعْدَ رَجْعَةٍ، أَمْ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ؟

فَمَنْ قَالَ هُوَ مِنْ شَرْطِهِ قَالَ: لَا يُتْبِعُهَا فِيهِ طَلَاقًا.

وَمَنْ قَالَ: لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ أَتْبَعَهَا الطَّلَاقَ.

[١٧٠٤/ب] وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي وُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُتْبَعِ.

[١٧٠٤/ج] وَأَمَّا الْمَوْضِعُ الثَّانِي: فَإِنَّ مَالِكًا ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْمُطَلِّقَ ثَلَاثًا بِلَفْظٍ وَاحِدٍ مُطَلِّقٌ لِغَيْرِ سُنَّةٍ(١). وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ: إِلَى أَنَّهُ مُطَلِّقٌ لِلسُّنَّةِ(٢).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ إِقْرَارِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلْمُطَلِّقِ بَيْنَ يَدَيْهِ ثَلَاثًا فِي لَفْظَةٍ وَاحِدَةٍ، لِمَفْهُومِ الْكِتَابِ فِي حُكْمِ الطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ.

وَالْحَدِيثُ الَّذِي احْتَجَّ بِهِ الشَّافِعِيُّ هُوَ: مَا ثَبَتَ مِنْ أَنَّ الْعَجْلَانِيَّ طَلَّقَ

= أما على المعتمد فلا؛ لأنه لا تطويل عليها، نبه على ذلك البكري في حاشيته، وحرمة هذا لمخالفته لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: في الوقت الذي يشرعن فيه في العدة».
«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٧)، «حاشية الشبراملسي» (٧/ ٣).
قال البهوتي: «(وإن طلق المدخول بها في حيض) أو نفاس (أو طهر أصابها فيه. ولو) أنه طلقها (في آخره)؛ أي: آخر الطهر الذي أصابها فيه (ولم يستبن)؛ أي: يظهر ويتضح (حملها، فهو طلاق بدعة محرم) لمفهوم ما تقدم. (ويقع نصًّا) طلاق البدعة. قال ابن المنذر وابن عبد البر: لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال انتهى؛ لأنه ﷺ أمر عبد الله بن عمر بالمراجعة، وهي لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق». «كشاف القناع» (٥/ ٢٤٠)، «الإنصاف» (٨/ ٤٤٨).

(١) قال الحَطَّاب: «طلاق السُّنَّة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة، وإلا فبدعي».
«مواهب الجليل» (٤/ ٣٨).
«الإنصاف» (٨/ ٤٥١).

(٢) قال زكريا الأنصاري: «ولا يحرم جمع ثلاث طلقات». «أسنى المطالب» (٣/ ٢٦٥).

زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا بِحَضْرَةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْمُلَاعَنَةِ»(١)

قَالَ: فَلَوْ كَانَ بِدْعَةً، لَمَا أَقَرَّهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ(٢).

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَلَمَّا رَأَى أَنَّ الْمُطَلِّقَ بِلَفْظِ الثَّلَاثِ رَافِعٌ، لِلرُّخْصَةِ الَّتِي جَعَلَهَا اللهُ فِي الْعَدَدِ قَالَ فِيهِ: إِنَّهُ لَيْسَ لِلسُّنَّةِ، وَاعْتَذَرَ أَصْحَابُهُ عَنِ الْحَدِيثِ: بِأَنَّ الْمُتَلَاعِنَيْنِ عِنْدَهُ قَدْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا مِنْ قِبَلِ التَّلَاعُنِ نَفْسِهِ، فَوَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ، فَلَمْ يَتَّصِفْ لَا بِسُنَّةٍ وَلَا بِبِدْعَةٍ، وَقَوْلُ مَالِكٍ - وَاللهُ أَعْلَمُ - أَظْهَرُ هَا هُنَا مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

[١٧٠٤/د] وَأَمَّا الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ مَنْ طَلَّقَ فِي وَقْتِ الْحَيْضِ:

فَإِنَّ النَّاسَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: أَنَّ الْجُمْهُورَ قَالُوا: يَمْضِي طَلَاقُهُ(٣).

وَقَالَتْ فِرْقَةٌ: لَا يَنْفُذُ وَلَا يَقَعُ(٤)

---

(١) رواه البخاري (٥٢٥٩)، وفيه: «فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثًا، قبل أن يأمره رسول الله ﷺ».

(٢) قال الشافعي: «ولو كان ذلك شيئًا محظورًا عليه، لنهاه النبي ﷺ، ليعلمه وجماعة من حضره». «الأم» (٥/ ١٩٣).

(٣) قال ابن نُجَيم: «(وطلاق الموطوءة) حائضًا (بدعي) لما ذكرنا)». «البحر الرائق» (٢/ ١٩٢).

قال النفراوي: «والبدعي مكروه في غير الحيض، وحرام في زمنه، ويجبر على الرجعة إن طلقها فيه». «الفواكه الدواني» (٢/ ٣١).

قال الهيتمي: «(ولو قال لحائض) ممسوسة أو نفساء (أنت طالق للبدعة) أو للحرج أو طلاق البدعة أو الحرج (وقع في الحال)». «تحفة المحتاج» (٨/ ٨٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٩).

قال المِرْداوي: «الصحيح من المذهب: أنَّ طلاقها في حيضها أو طهر أصابها فيه: محرم، ويقع». «الإنصاف» (٨/ ٤٤٧).

(٤) كابن القيم وابن حزم. انظر: «المحلى» (١٠/ ١٦١)، «زاد المعاد»، لابن القيم (٥/ ٢٠٢، ٢٠٣).

وَالَّذِينَ قَالُوا: يَنْفُذُ ـ قَالُوا: يُؤْمَرُ بِالرَّجْعَةِ.

وَهَؤُلَاءِ افْتَرَقُوا فِرْقَتَيْنِ:

فَقَوْمٌ رَأَوْا أَنَّ ذَلِكَ وَاجِبٌ وَأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[(١)]. وَقَالَتْ فِرْقَةٌ: بَلْ يُنْدَبُ إِلَى ذَلِكَ وَلَا يُجْبَرُ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ[(٥)].

[١٧٠٤/هـ] وَالَّذِينَ أَوْجَبُوا الْإِجْبَارَ: اخْتَلَفُوا فِي الزَّمَانِ الَّذِي يَقَعُ فِيهِ الْإِجْبَارُ:

فَقَالَ مَالِكٌ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ: ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ[(٦)]: يُجْبَرُ مَا لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا. وَقَالَ أَشْهَبُ[(٧)]: لَا يُجْبَرُ إِلَّا فِي الْحَيْضَةِ الْأُولَى.

[١٧٠٤/و] وَالَّذِينَ قَالُوا بِالْأَمْرِ بِالرَّجْعَةِ:

اخْتَلَفُوا مَتَى يُوقِعُ الطَّلَاقَ بَعْدَ الرَّجْعَةِ إِنْ شَاءَ، فَقَوْمٌ اشْتَرَطُوا فِي الرَّجْعَةِ أَنْ يُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ تِلْكَ الْحَيْضَةِ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(٨)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٩)]، وَجَمَاعَةٌ.

---

(١) قال الحطاب: «إذا طلق طلاق بدعة لم يجبر؛ إلا في الحيض فقط». «مواهب الجليل» (٤/ ٣٩).

(٢) قال زكريا الأنصاري: «يستحب لمن طلق بدعيًّا أن يراجع مطلقته، ما لم يدخل الطهر الثاني». «أسنى المطالب» (٣/ ٢٦٥).

(٣) قال القدوري: «وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق، ويستحب له أن يراجعها وإن شاء أمسكها». «مختصر القدوري» (ص١١٢)، «اللباب في شرح الكتاب» الميداني الحنفي (٣/ ٣٩).

(٤) «الاستذكار» (١٨/ ٢٢).

(٥) قال المِرْداوي: «وتستحب رجعتها، هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب». «الإنصاف» (٨/ ٤٥٠).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ١٤٥). (٧) «الاستذكار» (٦/ ١٤٥).

(٨) «مواهب الجليل» (٤/ ٣٩).

(٩) «تحفة المحتاج» (٨/ ٨٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٩).

وَقَوْمٌ قَالُوا: بَلْ يُرَاجِعُهَا، فَإِذَا طَهُرَتْ مِنْ تِلْكَ الْحَيْضَةِ الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا: فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْكُوفِيُّونَ[(١)].

[١٧٠٤/ز] وَكُلُّ مَنِ اشْتَرَطَ فِي طَلَاقِ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ - لَمْ يَمَسَّهَا فِيهِ، لَمْ يَرَ الْأَمْرَ بِالرَّجْعَةِ إِذَا طَلَّقَهَا فِي طُهْرٍ مَسَّهَا فِيهِ.

١٧٠٥ فَهُنَا إِذًا **أَرْبَعُ مَسَائِلَ**:

أَحَدُهَا: هَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ أَمْ لَا؟

وَالثَّانِيَةُ: إِنْ وَقَعَ فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى الرَّجْعَةِ أَمْ يُؤْمَرُ فَقَطْ؟

وَالثَّالِثَةُ: مَتَى يُوقِعُ الطَّلَاقَ بَعْدَ الْإِجْبَارِ أَوِ النَّدْبِ؟

وَالرَّابِعَةُ: مَتَى يَقَعُ الْإِجْبَارُ.

[١٧٠٥/أ] أَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ إِنَّمَا صَارُوا إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ، إِنْ وَقَعَ فِي الْحَيْضِ اعْتُدَّ بِهِ، وَكَانَ طَلَاقًا، لِقَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا**»[(٢)].

قَالُوا: وَالرَّجْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ طَلَاقٍ.

وَرَوَى الشَّافِعِيُّ، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ خَالِدٍ، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ: «أَنَّهُمْ أَرْسَلُوا إِلَى نَافِعٍ يَسْأَلُونَهُ؛ هَلْ حُسِبَتْ تَطْلِيقَةُ ابْنِ عُمَرَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ؟ قَالَ: نَعَمْ»[(٣)].

وَرُوِيَ: أَنَّهُ الَّذِي كَانَ يُفْتِي بِهِ ابْنُ عُمَرَ[(٤)].

وَأَمَّا مَنْ لَمْ يَرَ هَذَا الطَّلَاقَ وَاقِعًا؛ فَإِنَّهُ اعْتَمَدَ عُمُومَ قَوْلِهِ ﷺ: «**كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**»[(٥)].

---

(١) «اللباب في شرح الكتاب» الميداني الحنفي (٣/ ٣٩).

(٢) تقدم تخريجه. (٣) رواه الشافعي في «مسنده» (٣/ ٩٦).

(٤) ينظر: «المهذب في اختصار السُّنن الكبير»، للحافظ الذَّهبي (٦/ ٢٩١١).

(٥) رواه مسلم (١٧١٨).

وَقَالُوا: أَمْرُ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِرَدِّهِ يُشْعِرُ بِعَدَمِ نُفُوذِهِ وَوُقُوعِهِ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ: هَلِ الشُّرُوطُ الَّتِي اشْتَرَطَهَا الشَّرْعُ فِي الطَّلَاقِ السُّنِّيِّ؛ هِيَ شُرُوطُ صِحَّةٍ وَإِجْزَاءٍ، أَمْ شُرُوطُ كَمَالٍ وَتَمَامٍ؟

فَمَنْ قَالَ شُرُوطُ إِجْزَاءٍ ـ قَالَ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ الَّذِي عُدِمَ هَذِهِ الصِّفَةَ.

وَمَنْ قَالَ شُرُوطُ كَمَالٍ وَتَمَامٍ ـ قَالَ: يَقَعُ، وَيُنْدَبُ إِلَى أَنْ يَقَعَ كَامِلًا.

وَلِذَلِكَ مَنْ قَالَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ وَجَبْرِهِ عَلَى الرَّجْعَةِ فَقَدْ تَنَاقَضَ، فَتَدَبَّرْ ذَلِكَ.

[١٧٠٥/ب] وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَهِيَ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الرَّجْعَةِ أَوْ لَا يُجْبَرُ؟

فَمَنِ اعْتَمَدَ ظَاهِرَ الْأَمْرِ ـ وَهُوَ الْوُجُوبُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ ـ قَالَ: يُجْبَرُ.

وَمَنْ لَحَظَ هَذَا الْمَعْنَى الَّذِي قُلْنَاهُ مِنْ كَوْنِ الطَّلَاقِ وَاقِعًا، قَالَ: هَذَا الْأَمْرُ هُوَ عَلَى النَّدْبِ.

[١٧٠٥/ج] وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

وَهِيَ: مَتَى يُوقِعُ الطَّلَاقَ بَعْدَ الْإِجْبَارِ؟

فَإِنَّ مَنِ اشْتَرَطَ فِي ذَلِكَ ـ أَنْ يُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنَّمَا صَارَ لِذَلِكَ لِأَنَّهُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمِ.

قَالُوا: وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ لِتَصِحَّ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ فِي الطُّهْرِ الَّذِي بَعْدَ الْحَيْضِ، لِأَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي بَعْدَ الْحَيْضَةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ الْآخِرِ عِدَّةٌ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَكُونُ كَالْمُطَلِّقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَبِالْجُمْلَةِ فَقَالُوا: إِنَّ مِنْ شَرْطِ الرَّجْعَةِ وُجُودَ زَمَانٍ يَصِحُّ فِيهِ الْوَطْءُ.

وَعَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ: يَكُونُ مِنْ شُرُوطِ طَلَاقِ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُطَلِّقْ فِي الْحَيْضَةِ الَّتِي قَبْلَهُ، وَهُوَ أَحَدُ الشُّرُوطِ الْمُشْتَرَطَةِ عِنْدَ مَالِكٍ فِي طَلَاقِ

السُّنَّةِ، فِيمَا ذَكَرَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ(١).

وَأَمَّا الَّذِينَ لَمْ يَشْتَرِطُوا ذَلِكَ:

فَإِنَّهُمْ صَارُوا إِلَى مَا رَوَى يُونُسُ بْنُ جُبَيْر وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ وَابْنُ سِيرِينَ وَمَنْ تَابَعَهُمْ(٢)، عَنِ ابْنِ عُمَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَالَ: «**يُرَاجِعُهَا، فَإِذَا طَهُرَتْ طَلَّقَهَا إِنْ شَاءَ**»(٣).

وَقَالُوا: الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ: أَنَّهُ إِنَّمَا أُمِرَ بِالرُّجُوعِ عُقُوبَةً لَهُ، لِأَنَّهُ طَلَّقَ فِي زَمَانٍ كُرِهَ لَهُ فِيهِ الطَّلَاقُ، فَإِذَا ذَهَبَ ذَلِكَ الزَّمَانُ وَقَعَ مِنْهُ الطَّلَاقُ عَلَى وَجْهٍ غَيْرِ مَكْرُوهٍ. فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَتَعَارُضُ مَفْهُومِ الْعِلَّةِ.

[١٧٠/هـ] وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: وَهِيَ: مَتَى يُجْبَرُ؟

فَإِنَّمَا ذَهَبَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى رَجْعَتِهَا لِطُولِ زَمَانِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ الزَّمَانُ الَّذِي لَهُ فِيهِ ارْتِجَاعُهَا.

وَأَمَّا أَشْهَبُ(٤): فَإِنَّهُ إِنَّمَا صَارَ فِي هَذَا إِلَى ظَاهِرِ الْحَدِيثِ، لِأَنَّ فِيهِ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ**»(٥).

فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمُرَاجَعَةَ كَانَتْ فِي الْحَيْضَةِ.

وَأَيْضًا ـ فَإِنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا أَمَرَ بِمُرَاجَعَتِهَا؛ لِئَلَّا تَطُولَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ، فَإِنَّهُ إِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ فِي الْحَيْضَةِ لَمْ تَعْتَدَّ بِهَا بِإِجْمَاعٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يُرَاجِعُهَا فِي غَيْرِ الْحَيْضَةِ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهَا أَطْوَلَ.

وَعَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ: فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي الطُّهْرِ الَّذِي بَعْدَ الْحَيْضَةِ. فَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ: هُوَ سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي عِلَّةِ الْأَمْرِ بِالرَّدِّ.

---

(١) «التلقين»، للقاضي عبد الوهاب (ص٣١٣).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ١٤٠).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) «الاستذكار» (٦/ ١٤٥).
(٥) تقدم تخريجه.

[الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْخُلْعِ]

[الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي جَوَازِ وُقُوعِ الخلع]

الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْخُلْعِ.

وَاسْمُ الْخُلْعِ وَالْفِدْيَةِ وَالصُّلْحِ وَالْمُبَارَأَةِ كُلُّهَا تَؤُولُ إِلَى مَعْنًى وَاحِدٍ؛ وَهُوَ: بَذْلُ الْمَرْأَةِ الْعِوَضَ عَلَى طَلَاقِهَا، إِلَّا أَنَّ اسْمَ الْخُلْعِ يَخْتَصُّ بِبَذْلِهَا لَهُ جَمِيعَ مَا أَعْطَاهَا، وَالصُّلْحَ بِبَعْضِهِ، وَالْفِدْيَةَ بِأَكْثَرِهِ، وَالْمُبَارَأَةَ بِإِسْقَاطِهَا عَنْهُ حَقًّا لَهَا عَلَيْهِ عَلَى مَا زَعَمَ الْفُقَهَاءُ.

وَالْكَلَامُ يَنْحَصِرُ فِي أُصُولِ هَذَا النَّوْعِ مِنَ الْفِرَاقِ فِي أَرْبَعَةِ فُصُولٍ:

فِي جَوَازِ وُقُوعِهِ **أَوَّلًا**.

ثُمَّ ثَانِيًا: فِي شُرُوطِ وُقُوعِهِ - أَعْنِي: جَوَازَ وُقُوعِهِ.

ثُمَّ ثَالِثًا: فِي نَوْعِهِ - أَعْنِي: هَلْ من طَلَاقٍ أَوْ فَسْخٍ؟

ثُمَّ رَابِعًا: فِيمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْأَحْكَامِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي جَوَازِ وُقُوعِهِ.

١٧٠٦ **فَأَمَّا جَوَازُ وُقُوعِهِ:**

فَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ[(١)].

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ: الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ.

أَمَّا الْكِتَابُ:

فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

---

(١) «الهداية» (٢/ ٢٦١)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٦٧).
«الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» (٢/ ٣٤٧)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٢).
«مغني المحتاج» (٤/ ٤٣٠)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٣٩٣).
«كشاف القناع» (٥/ ٢١٢)، «المبدع في شرح المقنع»، لابن مفلح (٦/ ٢٦٧).

وَأَمَّا السُّنَّةُ: فَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ؛ لَا أَعِيبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟** قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً**».

خَرَّجَهُ بِهَذَا اللَّفْظِ: الْبُخَارِيُّ(١)، وَأَبُو دَاوُدَ(٢)، وَالنَّسَائِيُّ(٣)، وَهُوَ حَدِيثٌ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ.

وَشَذَّ بَكْرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ الْمُزَنِي(٤) عَنِ الْجُمْهُورِ، فَقَالَ: لَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ زَوْجَتِهِ شَيْئًا، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ، بِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ قَوْله تعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] مَنْسُوخٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] الْآيَةَ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ بِغَيْرِ رِضَاهَا، وَأَمَّا بِرِضَاهَا فَجَائِزٌ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ عَلَى عُمُومِهِ أَوْ عَلَى خُصُوصِهِ.

[الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي شُرُوطِ وُقُوعِ الخلع]

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي شُرُوطِ وُقُوعِهِ.

فَأَمَّا شُرُوطُ جَوَازِهِ:

فَمِنْهَا: مَا يَرْجِعُ إِلَى الْقَدْرِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: مَا يَرْجِعُ إِلَى صِفَةِ الشَّيْءِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ.

وَمِنْهَا: مَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَالِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا.

وَمِنْهَا: مَا يَرْجِعُ إِلَى صِفَةِ مَنْ يَجُوزُ لَهُ الْخُلْعُ مِنَ النِّسَاءِ أَوْ مِنْ أَوْلِيَائِهِنَّ مِمَّنْ لَا تَمْلِكُ أَمْرَهَا، فَفِي هَذَا الْفَصْلِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ:

---

(١) رواه البخاري (٥٢٧٣).
(٢) رواه أبو داود (٢٢٢٨).
(٣) رواه النسائي (٣٤٦٣).
(٤) كما في «المحلى» (٩/ ٥١٢)، «الاستذكار» (٦/ ٧٦).

١٧٠٧ **الْمَسْأَلَةُ الأُولَى:**

أَمَّا مِقْدَارُ مَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَخْتَلِعَ بِهِ:

فَإِنَّ مَالِكًا(١)، وَالشَّافِعِيَّ(٢)، وَجَمَاعَةً قَالُوا: جَائِزٌ أَنْ تَخْتَلِعَ الْمَرْأَةُ بِأَكْثَرَ مِمَّا يَصِيرُ لَهَا مِنَ الزَّوْجِ فِي صَدَاقِهَا إِذَا كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا، وَبِمِثْلِهِ، وَبِأَقَلَّ مِنْهُ.

وَقَالَ قَائِلُونَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا، عَلَى ظَاهِرِ حَدِيثِ ثَابِتٍ.

فَمَنْ شَبَّهَهُ بِسَائِرِ الْأَعْوَاضِ فِي الْمُعَامَلَاتِ ـ رَأَى أَنَّ الْقَدْرَ فِيهِ رَاجِعٌ إِلَى الرِّضَا.

وَمَنْ أَخَذَ بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ ـ لَمْ يُجِزْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ رَآهُ مِنْ بَابِ أَخْذِ الْمَالِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

١٧٠٨ **الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:**

وَأَمَّا صِفَةُ الْعِوَضِ:

فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ(٣) ....

---

(١) قال الكشناوي: «يصحُّ الخُلْع بقدر ما أعطاها من الصداق أو أكثر أو أقل منه».
«أسهل المدارك» (ص١٢٠).

(٢) قال زكريا الأنصاري: «(وهو جائز على الصداق وغيره) ولو كان أكثر منه».
«أسنى المطالب» (٣/ ٢٤١)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٣٥).
«الاختيار» (٣/ ١٥٧).
قال المِرْدَاوي: «ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. فإن فعل: كره، وصح) هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب».
«الإنصاف» (٨/ ٣٩٨)، «الشرح الكبير»، لابن قدامة (٨/ ١٩٢).

(٣) قال زكريا الأنصاري: «(فإن خالع على مجهول.... إلخ) شمل ما لو خالع على معلوم ومجهول؛ فإن المعتمد فساد المسمَّى كله».
«روضة الطالبين» (٧/ ٣٨٩)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤٨).

وَأَبَا حَنِيفَةَ(١) يَشْتَرِطَانِ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الصِّفَةِ، وَمَعْلُومَ الْوُجُوبِ.

وَمَالِكٌ(٢) يُجِيزُ فِيهِ الْمَجْهُولَ الْوُجُودِ وَالْقَدْرِ وَالْمَعْدُومَ، مِثْلَ الْآبِقِ وَالشَّارِدِ وَالثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا، وَالْعَبْدِ غَيْرِ الْمَوْصُوفِ.

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(٣): جَوَازُ الْغَرَرِ وَمَنْعُ الْمَعْدُومِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: تَرَدُّدُ الْعِوَضِ ـ هَا هُنَا ـ بَيْنَ الْعِوَضِ فِي الْبُيُوعِ أَوِ الْأَشْيَاءِ الْمَوْهُوبَةِ وَالْمُوصَى بِهَا.

فَمَنْ شَبَّهَهَا بِالْبُيُوعِ: اشْتَرَطَ مَا يُشْتَرَطُ فِي الْبُيُوعِ، وَفِي أَعْوَاضِ الْبُيُوعِ.

وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْهِبَاتِ: لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ.

[١٧٠٨/...] وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَقَعَ الْخُلْعُ بِمَا لَمْ يَحِلَّ كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ: هَلْ يَجِبُ لَهَا عِوَضٌ أَمْ لَا ـ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ ـ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: لَا تَسْتَحِقُّ عِوَضًا(٤)، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥).

---

(١) قال ابن نُجَيم: «وأما إذا ذكر مالًا جهولًا بأن قال: اخلعي نفسك بمال، فقالت: اختلعت نفسي بألف درهم لا يتم الخلع».
«البحر الرائق» (٤/ ٧٨)، «المحيط البرهاني» (٣/ ٣٣٦).

(٢) قال الدَّرْدِير: «(و) جاز الخلع (بالغرر) (كجنين) في بطن حيوان تملكه؛ فإن كان في ملك غيرها أو أنفش الحمل فلا شيء له وبانت (وغير موصوف) من عرض أو حيوان أو ثمرة لم يبد صلاحها وعبد آبق وبعير شارد أو بأجل مجهول». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٤٨)، «بلغة السالك لأقرب المسالك» (٢/ ٥٢٠).

(٣) «المبسوط» (٨/ ١٠).
قال المرداوي: «(ويصح الخلع بالمجهول)». «الإنصاف» (٨/ ٤٠٣)، «الشرح الكبير على متن المقنع» (٨/ ٢٠٠).

(٤) قال المَوَّاق: «إن خالعها على خمر تم الخلع، ولا شيء له».
«التاج والإكليل» (٤/ ٢٤)، «التهذيب في اختصار المدونة»، للبرذعي (٢/ ٣٨٩)، «روضة المستبين»، لابن بزيزة (٢/ ٨٣٨).

(٥) قال القدوري: «وإذا بطل العوض في الخلع، مثل أن تخالع المرأة المسلمة على خمر أو خنزير، فلا شيء للزوج والفرقة بائنة». =

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): يَجِبُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ.

١٧٠٩ **الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:**

وَأَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَالِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا الْخُلْعُ مِنَ الَّتِي لَا يَجُوزُ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ(٢) عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ، مَعَ التَّرَاضِي، إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبُ رِضَاهَا بِمَا تُعْطِيهِ: إِضْرَارَهُ بِهَا.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩]، وقَوْله تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

= «الهداية» (٢/ ٢٦١)، «مختصر القدوري» (ص١١٧).

(١) قال زكريا الأنصاري: «إذا خالعها على خمر أو خنزير أو حر أو ميتة أو مغصوب أو ما لا يقدر على تسليمه) أو ما لم يستقر ملكه عليه... فله مهر المثل».
«أسنى المطالب» (٣/ ٢٤٨). «المجموع» (١٧/ ٢٨).
قال البُهُوتي: «(وهو)؛ أي: الخلع (على محرم يعلمانه كخمر، وخنزير كـ) خلع (بلا عوض) فلا شيء له».
«شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٦٢)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٢٩٩).

(٢) قال النفراوي: «(إذا لم يكن) الافتداء ناشئًا (عن ضرر بها) غير شرعي (فإن كان) مسببًا (عن ضرر) أوقعه (بها) فلا يفوز به و (رجعت) عليه (بما أعطته) له. (ولزمه الخلع) بعد إثباتها الضرر».
«الفواكه الدواني» (٢/ ٥٣)، «حاشية العدوي» (٢/ ١١٢، ١١٣)، «الرسالة»، للقيرواني (ص٩٧).
قال زكريا الأنصاري: «(وإن أكرهها) بالضرب ونحوه (على الخلع)؛ أي: اختلاعها فاختلعت (لم يصح) للإكراه (ووقع) الطلاق (رجعيًا إن لم يسم المال)».
«روضة الطالبين» (٧/ ٣٧٤)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤١).
قال البهوتي: «(وإن عضلها ـ أي: ضارَّها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك) كما لو نقصها شيئًا من ذلك (ظلمًا لتفتدي نفسها، فالخلع باطل)».
«كشاف القناع» (٥/ ٢١٣)، «الشرح الكبير»، لابن قدامة (٨/ ١٧٦).

وَشَذَّ أَبُو قِلَابَةَ، وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ[١] فَقَالَا: لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ الْخُلْعُ عَلَيْهَا؛ حَتَّى يُشَاهِدَهَا تَزْنِي، وَحَمَلُوا الْفَاحِشَةَ فِي الْآيَةِ عَلَى الزِّنَا.

وَقَالَ دَاوُدُ[٢]: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْخَوْفِ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ، عَلَى ظَاهِرِ الْآيَةِ.

وَشَذَّ النُّعْمَانُ[٣]، فَقَالَ: يَجُوزُ الْخُلْعُ مَعَ الْإِضْرَارِ.

[١٧٠٩/...] وَالْفِقْهُ: أَنَّ الْفِدَاءَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا بِيَدِ الرَّجُلِ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الرَّجُلِ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ بِيَدِ الْمَرْأَةِ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ. فَيَتَحَصَّلُ فِي الْخُلْعِ **خَمْسَةُ أَقْوَالٍ**:

قَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا[٤].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يَجُوزُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ـ أَيْ: مَعَ الضَّرَرِ[٥].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ مُشَاهَدَةِ الزِّنَا[٦].

وَقَوْلٌ: مَعَ خَوْفِ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ[٧].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ إِلَّا مَعَ الضَّرَرِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ[٨].

١٧١٠ الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: وَأَمَّا مَنْ يَجُوزُ لَهُ الْخُلْعُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ:

---

(١) **الصواب: أبو قلابة وابن سيرين**. كما في «الاستذكار» (٦/ ٧٩).
(٢) «المغني» (٧/ ٣٢٦).
(٣) ذكر أبو حنيفة: أن فاعِلَه عاصٍ آثمٌ مرتكبٌ لمعصيةٍ مستحقٌّ للعقوبة، وأن المعاوضة التي حصلَت لا يجب أن تُرَدَّ.
قال ابن عابدين: «والحق أن الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعًا ـ ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]؛ إلا أنه إن أخذ ملكه بسبب خبيث». «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٤٥).
(٤) وهو قول بكر بن عبد الله المزني. وقد تقدم.
(٥) وهو قول أبي حنيفة. وقد تقدم.
(٦) وهو القول المنسوب إلى أبي قلابة والحسن البصري. وقد تقدم.
(٧) وهو قول داود الظاهري ومن معه. وقد تقدم.
(٨) وهو رأي جماهير العلماء. وقد تقدم.

فَإِنَّهُ **لَا خِلَافَ** عِنْدَ الْجُمْهُورِ[١] أَنَّ الرَّشِيدَةَ تُخَالِعُ عَنْ نَفْسِهَا، وَأَنَّ الْأَمَةَ لَا تُخَالِعُ عَنْ نَفْسِهَا إِلَّا بِرِضَا سَيِّدِهَا، وَكَذَلِكَ السَّفِيهة مَعَ وَلِيِّهَا عِنْدَ مَنْ يَرَى الْحَجْرَ[٢].

---

(١) قال ابن مودود: «ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى: لزمها للحال».
«الاختيار» (٣/ ١٦١)، «بدائع الصنائع» (٣/ ١٤٩).
قال المواق: «لا تختلع أمة ولا أم ولد إلا بإذن السيد».
«التاج والإكليل» (٤/ ٢٠)، «التهذيب»، لابن البراذعي (٢/ ٣٩٥).
قال الأنصاري: «(واختلاع المكاتبة بلا إذن) من سيدها (كالأمة)؛ أي: كاختلاعها (بلا إذن) لتعلق حقه بكسبها وما في يدها واختلاعها بالإذن، كاختلاع الأمة بالإذن».
«روضة الطالبين»، للنووي (٧/ ٣٨٥)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤٦).
قال البُهُوتي: «(وإن خالعته أمة بغير إذن سيدها على شيء) معين أو في ذمتها (لم يصحَّ) الخلع؛ لأنه تصرف من غير أهله؛ إذ الرقيق بدون إذن سيده ليس بأهلٍ للتصرف، فلا يصح منه كالمجنون. (و) إن خالعته الأمة (بإذنه)؛ أي: إذن السيد (يصح) الخلع كالبيع (ويكون العوض) الذي أذن لها في الخلع عليه (في ذمته)؛ أي: السيد (كاستدانتها بإذنه) فيطالب به (وكذا الحكم في المكاتبة) إذا خالعته، فإن كان بغير إذن السيد لم يصح؛ لأنه تبرع. وإن كان بإذنه صح (إلا أنه إن كان) الخلع (بإذن سيدها سلمته مما في يدها)؛ لأنه التزمه بالعقد». «كشاف القناع» (٥/ ٢١٥).
«الإنصاف» (٨/ ٣٩٠).

(٢) قال ابن نُجِيم: «ولزمها المال إن لم تكن مريضة مرض الموت، ولا سفيهة، ولا مكرهة، لكان أولى لأنَّ المحجورة بالسفه لو قبلت الخلع وقع، ولا يلزمها المال».
«البحر الرائق» (٤/ ٨١).
قال الهيتمي: «(قول المتن وإن خالع سفيهة) ظاهره سواء علم سفهها أم لا اهـ.
وسيأتي في الشارح اعتماده.
(قوله: أي محجورًا. . . إلخ)؛ أي: حسًّا، بأن بلغت مصلحة لدينها ومالها ثم بذرت وحجر عليها القاضي. أو شرعًا بأن بلغت غير مصلحة لأحدهما اهـ.
(قوله: بألف) عبارة المغني بلفظ الخلع، كأن قال خالعتك على ألف».
«تحفة المحتاج» (٧/ ٤٦٣)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٣٣، ٤٣٤).
قال البُهُوتي: «(وليس لأب خلع ابنته الصغيرة) أو المجنونة أو السفيهة بشيء من مالها (ولا طلاقها بشيء من مالها)؛ لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ».
«الشرح الكبير» (٨/ ١٨٠)، «كشاف القناع» (٥/ ٢١٤).

وَقَالَ مَالِكٌ(١): يُخَالِعُ الْأَبُ عَلَى ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ كَمَا يُنْكِحُهَا، وَكَذَلِكَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ، وَالْخِلَافُ فِي الِابْنِ الصَّغِيرِ:

قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَخُلْعُ الْمَرِيضَةِ يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ(٤) إِذَا كَانَ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ مِنْهَا؛ وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَجُوزُ خُلْعُهَا بِالثُّلُثِ كُلِّهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٥): لَوِ اخْتَلَعَتْ بِقَدْرِ مَهْرِ مِثْلِهَا جَازَ، وَكَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنَ الثُّلُثِ.

وَأَمَّا الْمُهْمَلَةُ الَّتِي لَا وَصِيَّ لَهَا وَلَا أَبَ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٦): يَجُوزُ خُلْعُهَا إِذَا كَانَ خُلْعَ مِثْلِهَا.

وَالْجُمْهُورُ(٧) عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ خُلْعُ الْمَالِكَةِ لِنَفْسِهَا.

---

(١) قال الموَّاق: «للأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة بإسقاط كل المهر، وإن خالع به عنها بعد البناء قبل بلوغها جاز عليها وله أن يزوجها قبل بلوغها كالبكر».
«المدونة» (٢/ ٢٥٢)، «التاج والإكليل» (٤/ ٢١).

(٢) «روضة الطالبين» (٧/ ٣٨٧).

(٣) «بدائع الصنائع» (٣/ ١٤٩)، «البحر الرائق» (٤/ ٨١ - ٨٢).

(٤) قال الموَّاق: «(ولم يجز خلع المريضة) ابن رشد: ظاهر «الموازية» مع «المدونة» عدم جواز خلع المريضة (وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه: تأويلان) من «المدونة»: إن اختلعت منه في مرضها. وهو صحيح بجميع مالها: لم يجز ولا يرثها».
«التاج والإكليل» (٥/ ٢٨٩)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٢٠).

(٥) «روضة الطالبين»، للنووي (٧/ ٣٨٧)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤٧).
«بدائع الصنائع»، للكاساني (٣/ ١٤٩)، «البحر الرائق» (٤/ ٨١ - ٨٢).
«المغني»، لابن قدامة (٦/ ٢١١)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٨٧، ٢٨٨).

(٦) «التاج والإكليل» (٥/ ٢٨٩).

(٧) قال السرخسي: «والخلع جائز عند السلطان وغيره؛ لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد». «المبسوط» (٦/ ١٧٣)، «بدائع الصنائع» (٣/ ١٤٥).

=

وَشَذَّ الْحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ[١] فَقَالَا: لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ إِلَّا بِإِذْنِ السُّلْطَانِ.

[الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي نَوْعِ الخُلع فسخ أم طلاق]

الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي نَوْعِهِ

وَأَمَّا نَوْعُ الْخُلْعِ:

١٧١١ فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٢].

وَأَبُو حَنِيفَةَ[٣] سَوَّى بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]: هُوَ فَسْخٌ، ....

= قال الدسوقي: «(قوله: وبلا حاكم) متعلق بمحذوف؛ أي: وجاز بلا حاكم. وأتى المصنف بهذا؛ دفعًا لتوهم أنَّ الطلاق لما كان على عوض كان مظنة للجور فلا يفعله إلا الحاكم، أو أن قوله: (وبلا حاكم) عطف على مقدر حال من الخلع؛ أي: حال كونه بحاكم وبلا حاكم، وليس عطفًا على قوله: (بعوض)؛ وإلا كان من تتمة التعريف؛ فيوهم أنه لا يسمى خلعًا، إلا إذا وقع بعوض وبلا حاكم. وليس كذلك». «حاشية الدسوقي» (٢/ ٣٤٧).

قال الماوردي: «الخلع يصح عند سلطان وغير سلطان إذا تراضيا به الزوجان. وقد نصَّ الشافعي على ذلك في «كتاب الأم». وليس حضور السلطان ولا إذنه شرطًا فيه». «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٠).

قال شمس الدين ابن قدامة: «لا يفتقر الخلع إلى حاكم، نصَّ عليه أحمد؛ فقال: يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما». «الشرح الكبير» (٨/ ١٧٤)، «المبدع» (٦/ ٢٦٨).

(١) «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٣٢٤).

(٢) قال الحطَّاب: «وقول المصنف: (وهو الطلاق بعوض)، هذا هو المشهور: أن الخلع طلاق. وقيل: فسخ، قال المسيلي في «نكت التفسير»، قال شيخنا ـ يعني ابن عرفة: كان شخص يقال له النحاس له في امرأته طلقتان فخالعها، ثم ردَّها قبل زوج؛ بناء على أن الخلع فسخ ففرق بينهما، ولم يحد للشبهة.اهـ». «مواهب الجليل» (٤/ ١٩)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٢).

(٣) «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ١٧١)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٦٨).

(٤) قال النووي ـ في حقيقة الخلع: «فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق، فهو طلاق؛ =

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ[(١)]، وَدَاوُدُ[(٢)].

وَمِنَ الصَّحَابَةِ ابْنُ عَبَّاسٍ[(٣)].

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ[(٤)] أَنَّهُ كِنَايَةٌ، فَإِنْ أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ كَانَ طَلَاقًا وَإِلَّا كَانَ فَسْخًا، وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ فِي قَوْلِهِ الْجَدِيدِ: إِنَّهُ طَلَاقٌ.

وَفَائِدَةُ الْفَرْقِ: هَلْ يُعْتَدُّ بِهِ فِي التَّطْلِيقَاتِ أَمْ لَا؟

[١٧١١/...] وَجُمْهُورُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ طَلَاقٌ يَجْعَلُهُ بَائِنًا، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِلزَّوْجِ فِي الْعِدَّةِ مِنْهُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا، لَمْ يَكُنْ لِافْتِدَائِهَا مَعْنًى.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ[(٥)]: إِنْ لَمْ يَكُنْ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ كَانَ لَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ.

وَاحْتَجَّ مَنْ جَعَلَهُ طَلَاقًا:

بِأَنَّ الْفُسُوخَ إِنَّمَا هِيَ الَّتِي تَقْتَضِي الْفُرْقَةَ الْغَالِبَةَ لِلزَّوْجِ فِي الْفِرَاقِ مِمَّا لَيْسَ يَرْجِعُ إِلَى اخْتِيَارِهِ، وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى الِاخْتِيَارِ فَلَيْسَ بِفَسْخٍ.

= سواء فيه صريح الطلاق وكناياته. وإن لم يجز إلا لفظ الخلع، فقولان: الجديد، أنه طلاق ينقص به العدد، وإذا خالعها ثلاث مرات، لم ينكحها إلا بمحلل، والقديم: أنه فسخ لا ينقص به العدد».
«روضة الطالبين» (٧/ ٣٧٥)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤١).

(١) قال المِرْداوي: «والخلع طلاق بائن، إلا أن يقع بلفظ «الخلع، أو الفسخ، أو المفاداة»، ولا ينوي به الطلاق: فيكون فسخًا. لا ينقص به عدد الطلاق، في إحدى الروايتين. الصحيح من المذهب: أن الخلع فسخ». «الإنصاف» (٨/ ٣٩٢)، «كشاف القناع» (٥/ ٢١٦).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٨١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٠/ ٤١)، عن طاووس، عن ابن عباس، قال: إنما هو فرقة وفسخ، ليس بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية، وفي آخرها، والخلع بين ذلك، فليس بطلاق. قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣٣): «إسناده صحيح».

(٤) «منهاج الطالبين» (ص١٠٥)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٣٩).

(٥) «المغني» (٧/ ٣٣١).

وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يَرَهُ طَلَاقًا:

بِأَنَّ اللهَ ـ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ـ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الطَّلَاقَ فَقَالَ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ثُمَّ ذَكَرَ الِافْتِدَاءَ، ثُمَّ قَالَ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فَلَوْ كَانَ الِافْتِدَاءُ طَلَاقًا، لَكَانَ الطَّلَاقُ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ هُوَ الطَّلَاقُ الرَّابِعُ.

وَعِنْدَ هَؤُلَاءِ أَنَّ الْفُسُوخَ تَقَعُ بِالتَّرَاضِي، قِيَاسًا عَلَى فُسُوخِ الْبَيْعِ ـ أَعْنِي: الْإِقَالَةَ.

وَعِنْدَ الْمُخَالِفِ: أَنَّ الْآيَةَ إِنَّمَا تَضَمَّنَتْ حُكْمَ الِافْتِدَاءِ عَلَى أَنَّهُ شَيْءٌ يَلْحَقُ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ، لَا أَنَّهُ شَيْءٌ غَيْرُ الطَّلَاقِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ اقْتِرَانُ الْعِوَضِ بِهَذِهِ الْفُرْقَةِ يُخْرِجُهَا مِنْ نَوْعِ فُرْقَةِ الطَّلَاقِ إِلَى نَوْعِ الْفَسْخِ أَمْ لَيْسَ يُخْرِجُهَا؟

[الْفَصْلُ الرَّابِعُ: فِيمَا يَلْحَقُ الخُلع مِنَ الْأَحْكَامِ]

الْفَصْلُ الرَّابِعُ: فِيمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْأَحْكَامِ.

وَأَمَّا لَوَاحِقُهُ: فَفُرُوعٌ كَثِيرَةٌ، لَكِنْ نَذْكُرُ مِنْهَا مَا شُهِرَ:

١٧١٢ فَمِنْهَا:

هَلْ يَرْتَدِفُ(١) عَلَى الْمُخْتَلِعَةِ طَلَاقٌ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): لَا يَرْتَدِفُ إِلَّا إِنْ كَانَ الْكَلَامُ مُتَّصِلًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيّ(٣): لَا يَرْتَدِفُ، وَإِنْ كَانَ الْكَلَامُ مُتَّصِلًا.

---

(١) يرتدف: أي: يُتبع، والردف: ما تبع شيئًا فهو ردفه، وإذا تتابع شيء خلف شيء فهو الترادف. انظر: «العين» (٨/ ٢٢).

(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٢/ ٥٩٣)، «التهذيب في اختصار المدونة» (٢/ ٣٩١).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص١٠٧)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: يَرْتَدِفُ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

أَنَّ الْعِدَّةَ عِنْدَ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ مِنْ أَحْكَامِ الطَّلَاقِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[٢] مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ.

وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَعَ الْمَبْتُوتَةِ أُخْتَهَا.

فَمَنْ رَآهَا مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ ـ ارْتَدَفَ الطَّلَاقُ عِنْدَهُ.

وَمَنْ لَمْ يَرَ ذَلِكَ: لَمْ يَرْتَدِفْ.

١٧١٣ وَمِنْهَا:

أَنَّ جُمْهُورَ الْعُلَمَاءِ[٣] أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا رَجْعَةَ لِلزَّوْجِ عَلَى الْمُخْتَلِعَةِ فِي الْعِدَّةِ، إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَابْنِ شِهَابٍ[٤] أَنَّهُمَا قَالَا: إِنْ رَدَّ لَهَا مَا أَخَذَ مِنْهَا فِي الْعِدَّةِ أَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا.

وَالْفَرْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ[٥] بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ أَوْ لَا يَكُونَ. **وَمِنْهَا**: أَنَّ الْجُمْهُورَ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِرِضَاهَا فِي عِدَّتِهَا[٦].

---

(١) «تبيين الحقائق» (٢/ ٢١٩)، «البحر الرائق» (٣/ ٣٣٠).
«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٢١٧)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٧٥).

(٢) قال الزيلعي: «ووجهه: أن العدة من أحكام النكاح، ولهذا تجب فيها النفقة والسكنى».
«تبيين الحقائق» (٣/ ٦٣)، «درر الحكام» (١/ ٤١١).

(٣) «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٤).
«البيان والتحصيل» (٥/ ٣٥٤).
«الحاوي الكبير» (٩/ ٢٤٨، ٢٤٩).
«كشاف القناع» (٥/ ٢١٧).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٨٢).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٨٢).

(٦) حكى الإجماع: ابن عبد البر «الاستذكار» (٦/ ٨٣).

وَقَالَتْ فِرْقَةٌ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ: لَا يَتَزَوَّجُهَا هُوَ وَلَا غَيْرُهُ فِي الْعِدَّةِ[(١)].

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلِ الْمَنْعُ مِنَ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ عِبَادَةٌ، أَوْ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ بَلْ مُعَلَّلٌ؟

[١٧١٣/أ] وَاخْتَلَفُوا فِي عِدَّةِ الْمُخْتَلِعَةِ، وَسَيَأْتِي بَعْدُ.

[١٧١٣/ب] وَاخْتَلَفُوا إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ فِي مِقْدَارِ الْعَدَدِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْخُلْعُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: الْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ بَيِّنَةٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٣)]: يَتَحَالَفَانِ وَيَكُونُ عَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ.

شَبَّهَ الشَّافِعِيُّ اخْتِلَافَهُمَا بِاخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ مُدَّعًى عَلَيْهَا وَهُوَ مُدَّعٍ.

وَمَسَائِلُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، وَلَيْسَ مِمَّا يَلِيقُ بِقَصْدِنَا.

[الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي تَمْيِيزِ الطَّلَاقِ مِنَ الْفَسْخِ]

١٧١٤ وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ[(٤)] رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْفَسْخِ الَّذِي لَا يُعْتَدُّ بِهِ فِي التَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ، وَبَيْنَ الطَّلَاقِ الَّذِي يُعْتَدُّ بِهِ فِي الثَّلَاثِ إِلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

أَنَّ النِّكَاحَ إِنْ كَانَ فِيهِ خِلَافٌ خَارِجٌ عَنْ مَذْهَبِهِ - أَعْنِي: فِي جَوَازِهِ، وَكَانَ الْخِلَافُ مَشْهُورًا: فَالْفُرْقَةُ عِنْدَهُ فِيهِ لكلامه - مِثْل الْحُكْمِ بِتَزْوِيجِ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا وَالْمُحْرِمِ، فَهَذِهِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: هِيَ طَلَاقٌ لَا فَسْخٌ.

---

(١) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٨٣).

(٢) ينظر: «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٣٨)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٢٦).

(٣) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٨٨).

«الإقناع»، للحجاوي (٤/ ٦٣)، «الشرح الكبير على المقنع» (٢٣/ ٥٩).

(٤) «التلقين» (ص٣٢٣).

وَالْقَوْلُ الثَّانِي:

أَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ هُوَ بِالسَّبَبِ الْمُوجِبِ لِلتَّفَرُّقِ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ رَاجِعٍ إِلَى الزَّوْجَيْنِ مِمَّا لَوْ أَرَادَ الْإِقَامَةَ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ مَعَهُ لَمْ يَصِحَّ: كَانَ فَسْخًا مِثْلَ نِكَاحِ الْمُحَرَّمَةِ بِالرَّضَاعِ أَوِ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَهُمَا أَنْ يُقِيمَا عَلَيْهِ مِثْلَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ: كَانَ طَلَاقًا.

[الْبَابُ الْخَامِسُ: فِي التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ]

وَمِمَّا يُعَدُّ مِنْ أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ مِمَّا يُرَى أَنَّ لَهُ أَحْكَامًا خَاصَّةً: التَّمْلِيكُ وَالتَّخْيِيرُ.

١٧١٥ وَالتَّمْلِيكُ عَنْ مَالِكٍ[1] فِي الْمَشْهُورِ غَيْرُ التَّخْيِيرِ:

وَذَلِكَ: أَنَّ التَّمْلِيكَ هُوَ عِنْدَهُ تَمْلِيكُ الْمَرْأَةِ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ، فَهُوَ يَحْتَمِلُ الْوَاحِدَةَ فَمَا فَوْقَهَا، وَلِذَلِكَ لَهُ أَنْ يُنَاكِرَهَا عِنْدَهُ فِيمَا فَوْقَ الْوَاحِدَةِ.

وَالْخِيَارُ بِخِلَافِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَقْتَضِي إِيقَاعَ طَلَاقٍ تَنْقَطِعُ مَعَهُ الْعِصْمَةُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَخْيِيرًا مُقَيَّدًا، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ لَهَا: اخْتَارِي نَفْسَكِ أَوِ اخْتَارِي تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ:

فَفِي الْخِيَارِ الْمُطْلَقِ عِنْدَ مَالِكٍ[2] لَيْسَ لَهَا إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ زَوْجَهَا أَوْ تَبِينَ مِنْهُ بِالثَّلَاثِ، وَإِنِ اخْتَارَتْ وَاحِدَةً: لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ، وَالْمُمَلَّكَةُ لَا يَبْطُلُ تَمْلِيكُهَا عِنْدَهُ إِنْ لَمْ تُوقِعِ الطَّلَاقَ حَتَّى يَطُولَ الْأَمْرُ بِهَا عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ -

---

(١) «المقدمات الممهدات» (١/ ٥٨٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٠).
«الإنصاف» (٨/ ٤٩١)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٣٢٣).
«بداية المبتدي» (ص٧٢)، «العناية»، للبابرتي (٤/ ٨٠).

(٢) «شرح مختصر خليل» (٤/ ٧٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٣).
«الاختيار» (٣/ ١٣٥)، «العناية» (٤/ ٨٦).
«أسنى المطالب» (٣/ ٢٧٩).
«الإنصاف» (٨/ ٤٩٢)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٣٢٣).

أَوْ يَتَفَرَّقَا مِنَ الْمَجْلِسِ؛ وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ[١]: أَنَّهُ يَبْقَى لَهَا التَّمْلِيكُ إِلَى أَنْ تَرُدَّ أَوْ تُطَلِّقَ.

وَالْفَرْقُ عِنْدَ مَالِكٍ[٢] بَيْنَ التَّمْلِيكِ وَتَوْكِيلِهِ إِيَّاهَا عَلَى تَطْلِيقِ نَفْسِهَا: أَنَّ فِي التَّوْكِيلِ لَهُ أَنْ يَعْزِلَهَا قَبْلَ أَنْ تُطَلِّقَ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي التَّمْلِيكِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيّ[٣]: «اخْتَارِي وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ سَوَاءٌ»، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ طَلَاقًا؛ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ، وَإِنْ نَوَاهُ فَهُوَ مَا أَرَادَ إِنْ وَاحِدَةً فَوَاحِدَة وَإِنْ ثَلَاثًا فَثَلَاث[٤]، فَلَهُ عِنْدَهُ أَنْ يُنَاكِرَهَا فِي الطَّلَاقِ نَفْسِهِ، وَفِي الْعَدَدِ فِي الْخِيَارِ أَوِ التَّمْلِيكِ، وَهِيَ عِنْدَهُ إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا رَجْعِيَّةٌ، وَكَذَلِكَ هِيَ عِنْدَ مَالِكٍ[٥] فِي التَّمْلِيكِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٦]، وَأَصْحَابُهُ: الْخِيَارُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ، فَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي التَّمْلِيكِ وَاحِدَةً فَهِيَ بَائِنَةٌ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[٧]: الْخِيَارُ وَالتَّمْلِيكُ وَاحِدٌ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا.

وَقَدْ قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي أَعْدَادِ الطَّلَاقِ فِي التَّمْلِيكِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مُنَاكَرَتُهَا، وَهَذَا الْقَوْلُ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ الْمُسَيَّبِ[٨].

---

(١) «التلقين» (ص٣٣١).

(٢) قال: «في التوكيل له أن يرجع ما لم تطلّق نفسها، وليس له ذلك في التمليك». «التاج والإكليل» (٤/ ٩١)، «عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٥١٤).
والحنابلة يخالفون المالكية:
قال البُهُوتي: «وإذا قال لامرأته: أمرك بيدك؛ فهو توكيل منه لها في الطلاق... فتبطل إذا فسخها بالقول، أو أتى بما يدل على فسخها». «كشاف القناع» (٥/ ٢٥٤)، «الإقناع» (٤/ ١٣).

(٣) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٥٨)، «بحر المذهب»، للروياني (١٠/ ٦٠).

(٤) «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٧٥)، «بحر المذهب» (١٠/ ٦٠).

(٥) «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ٩٣)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٧٢).

(٦) «مختصر القدوري» (ص١٥٥)، «اللباب»، للميداني (٣/ ٥٠).

(٧) «الاستذكار» (٦/ ٧٥). (٨) «الاستذكار» (٦/ ٢٥).

وَبِهِ قَالَ الزُّهْرِيُّ وَعَطَاءٌ(١).

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ فِي التَّمْلِيكِ إِلَّا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، وَذَلِكَ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعُمَرَ(٢) رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

رُوِيَ: أَنَّهُ جَاءَ ابْنَ مَسْعُودٍ رَجُلٌ، فَقَالَ: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ امْرَأَتِي بَعْضُ مَا يَكُونُ بَيْنَ النَّاسِ، فَقَالَتْ: لَوْ أَنَّ الَّذِي بِيَدِكَ مِنْ أَمْرِي بِيَدِي لَعَلِمْتُ كَيْفَ أَصْنَعُ!

فقلت لها: فَإِنَّ الَّذِي بِيَدِي مِنْ أَمْرِكِ بِيَدِكِ، قَالَتْ: فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، قَالَ: أُرَاهَا وَاحِدَةً، وَأَنْتَ أَحَقُّ بِهَا مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا، وَسَأَلْقَى أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَرَ، ثُمَّ لَقِيَهُ فَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ: صَنَعَ اللهُ بِالرِّجَالِ وَفَعَلَ، يَعْمِدُونَ إِلَى مَا جَعَلَ اللهُ فِي أَيْدِيهِمْ؛ فَيَجْعَلُونَهُ بِأَيْدِي النِّسَاءِ، بِفِيهَا التُّرَابُ، مَاذَا قُلْتَ فِيهَا؟ قَالَ: قُلْتُ: أَرَاهَا وَاحِدَةً، وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، قَالَ: وَأَنَا أَرَى ذَلِكَ، وَلَوْ رَأَيْتَ غَيْرَ ذَلِكَ عَلِمْتُ أَنَّكَ لَمْ تُصِبْ(٣).

وَقَدْ قِيلَ: لَيْسَ التَّمْلِيكُ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ مَا جَعَلَ الشَّرْعُ بِيَدِ الرَّجُلِ، لَيْسَ يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى يَدِ الْمَرْأَةِ بِجَعْلِ جَاعِلٍ.

وَكَذَلِكَ التَّخْيِيرُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي مُحَمَّدِ بْنِ حَزْمٍ(٤).

١٧١٦ وَقَوْلُ مَالِكٍ(٥) فِي الْمُمَلَّكَةِ:

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢٥).

(٢) **هو مروي عن ابن مسعود وعمر، وسيأتي الأثر بعد قليل.**

أما ما روي عن ابن عباس: فهو المنع من وقوع الطلاق من الأصل، كما روي عبد الرزاق في المصنف (٦/ ٥٢١) أنَّ رجلًا جاء ابن عباس فقال: لما ملكت امرأتي أمرها طلقتني ثلاثًا، فقال: خطَّأ الله نوءها، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك. وإسناده صحيح.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٥٢١)، والبيهقي في السُّنن الكبرى (٧/ ٣٤٧).

(٤) «المحلى» (١٠/ ١١٧).

(٥) قال الخرشي: «إذا ملَّكها تمليكًا مطلقًا أو خيَّرها تخييرًا مطلقًا أي عاريًا عن التقييد =

أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي الطَّلَاقِ أَوِ الْبَقَاءِ عَلَى الْعِصْمَةِ مَا دَامَتْ فِي الْمَجْلِسِ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(١)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٢)، وَالْأَوْزَاعِيِّ(٣)، وَجَمَاعَةِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٤).

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٥): أَنَّ التَّمْلِيكَ إِذَا أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ كَالْوَكَالَةِ، وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي ذَلِكَ مَتَى أَحَبَّ ذَلِكَ مَا لَمْ يُوقِعِ الطَّلَاقَ.

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ لِلْقَضَاءِ بِالتَّمْلِيكِ أَوِ التَّخْيِيرِ، وَجَعْلِ ذَلِكَ لِلنِّسَاءِ، لِمَا ثَبَتَ مِنْ تَخْيِيرِ رَسُولِ اللهِ ﷺ نِسَاءَهُ، قَالَتْ عَائِشَةُ: «خَيَّرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ فَاخْتَرْنَاهُ فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا»(٦).

لَكِنَّ أَهْلَ الظَّاهِرِ(٧) يَرَوْنَ أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ: أَنَّهُنَّ لَوِ اخْتَرْنَ أَنْفُسَهُنَّ طَلَّقَهُنَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ، لَا أَنَّهُنَّ كُنَّ يُطَلَّقْنَ بِنَفْسِ اخْتِيَارِ الطَّلَاقِ.

وَإِنَّمَا صَارَ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ إِلَى أَنَّ التَّخْيِيرَ وَالتَّمْلِيكَ وَاحِدٌ فِي الْحُكْمِ، لِأَنَّ مِنْ عُرْفِ دَلَالَةِ اللُّغَةِ أَنَّ مَنْ مَلَّكَ إِنْسَانًا أَمْرًا مِنَ الْأُمُورِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لَا يَفْعَلَهُ، فَإِنَّهُ قَدْ خَيَّرَهُ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٨): فَيَرَى أَنَّ قَوْلَهُ لَهَا: اخْتَارِينِي أَوِ اخْتَارِي نَفْسَكِ أَنَّهُ ظَاهِرٌ

= بالزمان والمكان، فالذي رجع إليه مالك: أنهما بيدها، ما لم توقف عند حاكم أو توطأ أو تمكن من ذلك طائعة؛ سواء قالت في المجلس، قبلت أم لا. بعد أن كان يقول أولًا: يبقى ذلك بيدها في المجلس فقط، وإن تفرقا بعد إمكان القضاء: فلا شيء لها». «شرح مختصر خليل» (٤/ ٧٥). «حاشية الدسوقي» (٢/ ٤١٢).

(١) «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٧٥)، «بحر المذهب» (١٠/ ٦٠).

(٢) «البحر الرائق» (٣/ ٣٣٦)، «العناية شرح الهداية» (٤/ ٧٨).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٣٣).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٣٣).

(٥) «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٧٥).

(٦) رواه البخاري (٥٢٦٢)، ومسلم (١٤٧٧).

(٧) تقدم.

(٨) قال الموَّاق: «من قال لامرأته بعد البناء: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي؛ =

بِعُرْفِ الشَّرْعِ فِي مَعْنَى الْبَيْنُونَةِ؛ بِتَخْيِيرِ رَسُولِ اللهِ ﷺ نِسَاءَهُ، لِأَنَّ الْمَفْهُومَ مِنْهُ إِنَّمَا كَانَ الْبَيْنُونَةَ.

وَإِنَّمَا رَأَى مَالِكٌ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي التَّمْلِيكِ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ طَلَاقًا إِذَا زَعَمَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَفْظٌ ظَاهِرٌ فِي مَعْنَى جَعْلِ الطَّلَاقِ بِيَدِهَا.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَلَمَّا لَمْ يَكُنِ اللَّفْظُ عِنْدَهُ نَصًّا اعْتَبَرَ فِيهِ النِّيَّةَ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ يُغَلَّبُ ظَاهِرُ اللَّفْظِ أَوْ دَعْوَى النِّيَّةِ؟

وَكَذَلِكَ فَعَلَ فِي التَّخْيِيرِ.

[١٧١٦/أ] وَإِنَّمَا **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ لَهُ مُنَاكَرَتَهَا فِي الْعَدَدِ: أَعْنِي: فِي لَفْظِ التَّمْلِيكِ، لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلَالَةً مُحْتَمَلَةً؛ فَضْلًا عَنْ ظَاهِرِهِ.

وَإِنَّمَا رَأَى مَالِكٌ(١) وَالشَّافِعِيُّ(٢) أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَتْ نَفْسَهَا بِتَمْلِيكِهِ إِيَّاهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً أَنَّهَا تَكُونُ رَجْعِيَّةً، لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ الشَّرْعِيِّ؛ وَهُوَ طَلَاقُ السُّنَّةِ. وَإِنَّمَا رَأَى أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهَا بَائِنَةٌ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، لَمْ يَكُنْ لِمَا طَلَبَتْ مِنَ التَّمْلِيكِ فَائِدَةٌ وَلِمَا قَصَدَ هُوَ مِنْ ذَلِكَ.

وَأَمَّا مَنْ رَأَى أَنَّ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي التَّمْلِيكِ ثَلَاثًا، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِلزَّوْجِ مُنَاكَرَتُهَا فِي ذَلِكَ: فَلِأَنَّ مَعْنَى التَّمْلِيكِ عِنْدَهُ: إِنَّمَا هُوَ تَصْيِيرُ جَمِيعِ مَا كَانَ بِيَدِ الرَّجُلِ مِنَ الطَّلَاقِ بِيَدِ الْمَرْأَةِ، فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ فِيمَا تُوقِعُهُ مِنْ أَعْدَادِ الطَّلَاقِ.

= فهي ثلاث، ولا مناكرة للزوج». «التاج والإكليل» (٤/ ٩٤)، وينظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١٠/ ٨١٥).

(١) قال الخرشي: «اخترت الطلاق، فتسأل في التمليك والتخيير؛ لأن هذه الألف واللام قد يراد بها الجنس؛ فيكون ثلاثًا. أو يراد بها العهد، وهو الطلاق السُّنِّي، وهو واحدة».
«شرح مختصر خليل» (٤/ ٧٣)، «منح الجليل» (٤/ ١٦٦).

(٢) قال النووي: «قال لها: اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اخترت نفسي، أو اخترت ونوت، وقعت طلقة». «روضة الطالبين»، للنووي (٨/ ٤٩).
وينظر: «العزيز شرح الوجيز»، للرافعي (٨/ ٥٤٧).

وَأَمَّا مَنْ جَعَلَ التَّمْلِيكَ طَلْقَةً وَاحِدَةً فَقَطْ أَوِ التَّخْيِيرَ: فَإِنَّمَا ذَهَبَ إِلَى أَنَّهُ أَقَلُّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ، وَاحْتِيَاطًا لِلرِّجَالِ، لِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي جَعْلِ الطَّلَاقِ بِأَيْدِي الرِّجَالِ دُونَ النِّسَاءِ؛ هُوَ نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ، وَغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ عَلَيْهِنَّ، مَعَ سُوءِ الْمُعَاشَرَةِ.

وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ(١) عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا اخْتَارَتْ زَوْجَهَا: أَنَّهُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ؛ لِقَوْلِ عَائِشَةَ الْمُتَقَدِّمِ.

وَرُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ(٢) أَنَّهَا إِذَا اخْتَارَتْ زَوْجَهَا فَوَاحِدَةٌ، وَإِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَثَلَاثٌ.

[١٧١٦/ب] فَيَتَحَصَّلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْخِلَافُ فِي **ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ**:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا يَقَعُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَاقٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَقَعُ بَيْنَهُمَا فُرْقَةٌ.

وَالثَّالِثُ: الْفَرْقُ بَيْنَ التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ فِيمَا تُمَلَّكُ بِهِ الْمَرْأَةُ - أَعْنِي: أَنْ تُمَلَّكَ بِالتَّخْيِيرِ الْبَيْنُونَةَ، وَبِالتَّمْلِيكِ مَا دُونَ الْبَيْنُونَةِ.

---

(١) قال ابن نُجَيم: «فلو اختارت زوجها لم يقع، وخرج الأمر من يدها».
«البحر الرائق» (٣/ ٣٣٦)، وينظر: «العناية شرح الهداية»، للعيني (٤/ ٧٨).
قال ابن عبد البر: «من خيَّر امرأته فقال اختاري فاختارت زوجها: لم يلزمه طلاق، وثبت على نكاحها». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٨٧)، وينظر: «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٥٤).
قال الماوردي: «وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار: لم تطلق». «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٧٤)، «بحر المذهب»، للروياني (١٠/ ٥٩).
قال البُهُوتي: «(ولا يقع) طلاق من خيَّرها زوجها (بقولها: اخترت بنية) الطلاق، (حتى تقول) اخترت (نفسي أو) اخترت (أبوي أو) اخترت (الأزواج) أو أن لا تدخل عليَّ ونحوه».
«شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٩١)، وينظر: «الشرح الكبير على متن المقنع» (٨/ ٣١٢).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٧٢).

وَإِذَا قُلْنَا بِالْبَيْنُونَةِ:

فَقِيلَ: تَمْلِكُ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ تَمْلِكُ الثَّلَاثَ.

وَإِذَا قُلْنَا إِنَّهَا تَمْلِكُ وَاحِدَةً:

فَقِيلَ: رَجْعِيَّةٌ.

وَقِيلَ: بَائِنَةٌ.

[١٧١٦/ج] وَأَمَّا حُكْمُ الْأَلْفَاظِ الَّتِي تُجِيبُ بِهَا الْمَرْأَةُ فِي التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ: فَهِيَ تَرْجِعُ إِلَى حُكْمِ الْأَلْفَاظِ الَّتِي يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي كَوْنِهَا صَرِيحَةً أَوْ كِنَايَةً أَوْ مُحْتَمَلَةً، وَسَيَأْتِي تَفْصِيلُ ذَلِكَ عِنْدَ التَّكَلُّمِ فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ.

[الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: فِي أَرْكَانِ الطَّلَاقِ]

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ، وَفِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ وَشُرُوطِهِ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِي تَفْصِيلِ مَنْ يَجُوزُ طَلَاقُهُ، مِمَّنْ لَا يَجُوزُ.

الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي تَفْصِيلِ مَنْ يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ مِنَ النِّسَاءِ، مِمَّنْ لَا يَقَعُ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ وَشُرُوطِهِ

وَهَذَا الْبَابُ فِيهِ فَصْلَانِ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَنْوَاعِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ الْمُطْلَقَةِ.

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَنْوَاعِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ الْمُقَيَّدَةِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَنْوَاعِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ الْمُطْلَقَةِ

١٧١٧ **أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ إِذَا كَانَ بِنِيَّةٍ وَبِلَفْظٍ صَرِيحٍ(١).

١٧١٨ **وَاخْتَلَفُوا** هَلْ يَقَعُ بِالنِّيَّةِ مَعَ اللَّفْظِ الَّذِي لَيْسَ بِصَرِيحٍ، أَوْ بِالنِّيَّةِ دُونَ اللَّفْظِ، أَوْ بِاللَّفْظِ دُونَ النِّيَّةِ؟

فَمَنِ اشْتَرَطَ فِيهِ النِّيَّةَ وَاللَّفْظَ الصَّرِيحَ؛ فَاتِّبَاعًا لِظَاهِرِ الشَّرْعِ، وَكَذَلِكَ مَنْ

---

(١) حكى الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٢٧٣)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ٣٠٦).
ذهب الإمام أحمد - في رواية عنه - «الإنصاف» (٨/ ٤٦٥)، «الفروع» (٥/ ٣٧٩)، وداود - «البناية شرح الهداية» (٥/ ٣٠٦) إلى أنَّ الطلاق الصريح لا يقع إلا بنية، وزاد الإمام أحمد: أو قرينة غضب، أو سؤال المرأة الطلاق.
«الإنصاف» (٨/ ٤٦٥)، «الفروع» (٥/ ٣٧٩).
• دليل هذا القول:
١ - قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].
٢ - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**» [أخرجه الستة].
• وجه الدلالة من النصَّين السابقين: دلَّ النصَّان على أنه لا عمل إلا بنيَّة، وأن الإنسان غير مؤاخذ بما لم ينوِ، وأن العمل إذا لم يقترن بالنية فهو غير مقبول.
«المحلى» (٩/ ٤٥٩).
٣ - رُفع لعمر بن الخطاب أن امرأة قالت لزوجها: سَمِّني، فسمَّاها الظبية، فقالت: ما قلت شيئًا، قال: فهات ما أسميك به، قالت: سمِّني خلية طالقًا، قال: أنت خلية طالق، فأتت عمر بن الخطاب فقالت: إن زوجي طلقني، فجاء زوجها فقص عليه القصة، فأوجع عمر رأسها، وقال لزوجها: خذ بيدها وأوجع رأسها.
أخرجه أبو عبيد في «غريب الحديث» (٣/ ٣٧٩)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤٦٠).
• وجه الدلالة: هذا حكم من أمير المؤمنين عمر بعدم الوقوع لمّا لم يقصد الزوج اللفظ الذي يقع به الطلاق، بل قصد لفظًا لا يقع به الطلاق، فكان لا بدَّ من النية (١).
«المحلى» (٩/ ٤٦٠)، «زاد المعاد» (٥/ ٢٠٦).

أَقَامَ الظَّاهِرَ مَقَامَ الصَّرِيحِ(١).

وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْعَقْدِ فِي النَّذْرِ وَفِي الْيَمِينِ: أَوْقَعَهُ بِالنِّيَّةِ فَقَطْ(٢)

وَمَنْ أَعْمَلَ التُّهَمَةَ: أَوْقَعَهُ بِاللَّفْظِ فَقَطْ.

[١٧١٨/أ] وَاتَّفَقَ الْجُمْهُورُ(٣) عَلَى أَنَّ أَلْفَاظَ الطَّلَاقِ الْمُطْلَقَةَ صِنْفَانِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ.

[١٧١٨/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْصِيلِ الصَّرِيحِ مِنَ الْكِنَايَةِ، وَفِي أَحْكَامِهَا وَمَا يَلْزَمُ فِيهَا.

وَنَحْنُ إِنَّمَا قَصَدْنَا مِنْ ذَلِكَ ذِكْرَ الْمَشْهُورِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى الْأُصُولِ.

---

(١) وهم المالكية؛ لأنهم يجعلون الكنايات الظاهرة كالصريح، فيشترط فيها النية.
قال ابن الحاجب: «والكناية: قسمان ـ ظاهر ومحتمل، فالظاهر: ما هو في العرف طلاق مثل: سرحتك، وفارقتك وأنت حرام، وبتة، وبتلة، وخلية، وبرية، وبائن، وحبلك على غاربك، وكالميتة وكالدم، وكلحم الخنزير، ووهبتك، ورددتك إلى أهلك، وهي كالصريح في أنه لا يقبل دعواه في غير الطلاق». «جامع الأمهات» (ص٢٩٦)، «التوضيح»، لخليل (٤/ ٣٦٤).

(٢) هو قول الزهري وابن سيرين، وتقدم.

(٣) قال القدوري: «والطلاق على ضربين: صريح وكناية». «مختصر القدوري» (ص١١٢)، وينظر: «اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ٤٠).
قال الخرشي: «(ولفظه) اللفظ الصريح الذي تنحل به العصمة دون غيره من سائر الألفاظ، وهو ما فيه الطاء واللام والقاف؛ ويأتي الكلام على الكنايات الظاهرة والخفية». «شرح مختصر خليل» (٤/ ٤٣)، وينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٧٨).
قال الشِّرْبيني: «(ويقع) الطلاق من مسلم أو كافر (بصريحه)؛ وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق (بلا نية) لإيقاع الطلاق، ولو قال: لم أنو به الطلاق لم يقبل، وحكى الخطابي فيه الإجماع، (و) يقع أيضًا (بكناية)؛ وهي ما يحتمل الطلاق وغيره، لكن (بنية) لإيقاعه». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٥٦)، وينظر: «النجم الوهاج»، للدميري (٧/ ٤٨١).
«الإقناع»، للحجاوي (٤/ ٩)، «الفروع» (٩/ ٢٨).

فَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ(١): الصَّرِيحُ هُوَ لَفْظُ الطَّلَاقِ فَقَطْ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ كِنَايَةٌ، وَهِيَ عِنْدَهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

(أ) ظَاهِرَةٌ.

(ب) وَمَحْمُولَةٌ(٢).

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ الصَّرِيحَةُ ثَلَاثٌ:

الطَّلَاقُ، وَالْفِرَاقُ، وَالسَّرَاحُ، وَهِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْقُرْآنِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الظَّاهِرِ(٥): لَا يَقَعُ طَلَاقٌ إِلَّا بِهَذِهِ الثَّلَاثِ.

فَهَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِي صَرِيحِ الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ صَرِيحِهِ.

[١٧١٨/ج] وَإِنَّمَا **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ لَفْظَ الطَّلَاقِ صَرِيحٌ؛ لِأَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى الشَّرْعِيِّ دَلَالَةٌ وَضْعِيَّةٌ(٦) بِالشَّرْعِ، فَصَارَ أَصْلًا فِي هَذَا الْبَابِ.

وَأَمَّا أَلْفَاظُ الْفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ:

فَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِلشَّرْعِ فِيهَا تَصَرُّفٌ ـ أَعْنِي: أَنْ تَدُلَّ بِعُرْفِ الشَّرْعِ عَلَى الْمَعْنَى الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ، أَوْ هِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى دَلَالَتِهَا اللُّغَوِيَّةِ.

فَإِذَا اسْتُعْمِلَتْ فِي هَذَا الْمَعْنَى ـ أَعْنِي: فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ ـ كَانَتْ مَجَازًا،

---

(١) «شرح مختصر خليل» (٤/ ٤٣)، «الشرح الكبير»، للدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٧٨).

(٢) «شرح مختصر خليل» (٤/ ٤٦)، «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٧٩).

(٣) قال القدوري: «فالصريح قوله: أنت طالق ومطلقه وطلقتك؛ فهذا يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع به إلا واحدة ـ وإن نوى أكثر من ذلك، ولا يفتقر إلى النية». «مختصر القدوري» (ص١١٢)، وينظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٥).

(٤) «الأم»، للشافعي (٥/ ٢٧٦)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٦٩).
«كشاف القناع» (٥/ ٢٤٥)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٣٠٩).

(٥) «المحلى» (١٠/ ١٨٥).

(٦) الدلالة الوضعية: هي دلالة اللفظ على أصل وضعه في اللغة. انظر: «روضة الناظر» (ص١٧٣).

إِذْ هَذَا هُوَ مَعْنَى الْكِنَايَةِ ـ أَعْنِي: اللَّفْظَ الَّذِي يَكُونُ مَجَازًا فِي دَلَالَتِهِ.

وَإِنَّمَا ذَهَبَ مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِلَّا بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا وَرَدَ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ، وَهِيَ عِبَادَةٌ، وَمِنْ شَرْطِهَا اللَّفْظُ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْتَصَرَ بِهَا عَلَى اللَّفْظِ الشَّرْعِيِّ الْوَارِدِ فِيهَا.

١٧١٩ فَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي أَحْكَامِ صَرِيحِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ:

فَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ مَشْهُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: اتَّفَقَ مَالِكٌ[1]، وَالشَّافِعِيُّ[2]، وَأَبُو حَنِيفَةَ عَلَيْهَا[3].

وَالثَّانِيَةُ: اخْتَلَفُوا فِيهَا.

[١٧١٩/أ] فَأَمَّا الَّتِي اتَّفَقُوا عَلَيْهَا:

فَإِنَّ مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ، وَأَبَا حَنِيفَةَ قَالُوا: لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُطَلِّقِ إِذَا نَطَقَ بِأَلْفَاظِ الطَّلَاقِ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ طَلَاقًا إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ. وَكَذَلِكَ السَّرَاحُ وَالْفِرَاقُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[4].

وَاسْتَثْنَتِ الْمَالِكِيَّةُ بِأَنْ قَالَتْ: إِلَّا أَنْ تَقْتَرِنَ بِالْحَالَةِ أَوِ الْمَرْأَةِ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى صِدْقِ دَعْوَاهُ، مِثْلَ أَنْ تَسْأَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا مِنْ وَثَاقٍ هِيَ فِيهِ وَشِبْهِهِ؛ فَيَقُولُ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ[5].

---

(١) قال الدَّرْدير: (ولفظه) الصريح الذي تنحل به العصمة، ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ (طلقت، وأنا طالق) منك (أو أنت) طالق (أو مطلقة) بتشديد اللام المفتوحة (أو الطلاق لي). «الشرح الكبير» (٢/ ٣٧٨). وينظر: «شرح مختصر خليل» (٤/ ٤٣).

(٢) «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨٠)، «تحفة المحتاج» (٨/ ١١).

(٣) «البحر الرائق» (٣/ ٢٧٠)، «الهداية»، للمرغيناني (١/ ٢٢٥).

(٤) تقدم أنها من ألفاظ الصريح.

(٥) قال الخرشي: «إذا قال لزوجته: أنت طالق، في جواب قولها له ـ وهي موثقة بقيد ونحوه ـ أطلقني، وقال: إنما أردتُ من ذلك الوثاق، ولم أرد به الطلاق، فإنه يصدق في نفي إرادته، فإن لم تسأله: ففي تنويته وعدمها إذا حضرته البينة تأويلان. وأما في الفتيا فيصدق قولًا واحدًا». =

وَفِقْهُ الْمَسْأَلَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الطَّلَاقَ عِنْدَهُمْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَالْمَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّ الطَّلَاقَ عِنْدَهُ يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ، لَكِنْ لَمْ يُنَوِّهْ هَا هُنَا لِمَوْضِعِ التُّهَمِ، وَمِنْ رَأْيِهِ: الْحُكْمُ بِالتُّهَمِ سَدًّا لِلذَّرَائِعِ، وَذَلِكَ مِمَّا خَالَفَهُ فِيهِ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ.

فَيَجِبُ عَلَى رَأْيِ مَنْ يَشْتَرِطُ النِّيَّةَ فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ وَلَا يَحْكُمُ بِالتُّهَمِ أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيمَا ادَّعَى.

[١٧١٩/ب] وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

فَهِيَ اخْتَلَفُوا فِيمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَادَّعَى أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ: إِمَّا ثِنْتَيْنِ وَإِمَّا ثَلَاثًا:

فَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ مَا نَوَى(١)، وَقَدْ لَزِمَهُ ـ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢) ـ إِلَّا أَنْ يُقَيِّدَ فَيَقُولَ: طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَ أَصْحَابِهِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(٣)، فَقَالَ: لَا يَقَعُ ثَلَاثًا بِلَفْظِ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الْعَدَدَ لَا يَتَضَمَّنُهُ لَفْظُ الْإِفْرَادِ، لَا كِنَايَةً وَلَا تَصْرِيحًا.

= «شرح مختصر خليل» (٤/ ٤٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٢٥).
قال البُهُوتي: «(وإن أراد) أن يقول: (طاهرًا أو نحوه) كإرادته أن يقول: طاعنًا أو طامعًا (فسبق لسانه) بطالق، أو أراد أن يقول: طلبتك، فسبق لسانه بطلقتك: دُيِّنَ، ولم يقبل حكمًا»: «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٨٣، ٨٤)، وينظر: «مطالب أولي النهى» (٥/ ٣٤٠).

(١) قال ابن عبد البر: «ومن قال لامرأته أنت طالق فهي واحدة إلا أن ينوي أكثر من ذلك، فإن نوى بقوله أنت طالق اثنتين أو ثلاثًا لزمه ما نوى، وإن لم ينو شيئًا فهي واحدة يملك الرجعة». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٧٢)، «التهذيب في اختصار المدونة»، لابن البراذعي (٢/ ٣٠٩).

(٢) قال النووي: «ولو قال أنت طالق واحدة ونوى عددًا فواحد، وقيل: المنوي». «منهاج الطالبين» (ص١٠٧)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٤٨ ـ ٤٩).

(٣) قال المرغيناني: «ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقًا، =

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالنِّيَّةِ دُونَ اللَّفْظِ، أَوْ بِالنِّيَّةِ مَعَ اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ؟

فَمَنْ قَالَ بِالنِّيَّةِ أَوْجَبَ الثَّلَاثَ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَالَ بِالنِّيَّةِ وَاللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ، وَرَأَى أَنَّ لَفْظَ الطَّلَاقِ يَحْتَمِلُ الْعَدَدَ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْعَدَدَ، وَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ اشْتِرَاطِ اللَّفْظِ فِي الطَّلَاقِ مَعَ النِّيَّةِ قَالَ: لَا يَجِبُ الْعَدَدُ وَإِنْ نَوَاهُ.

[١٧١٩ج] وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ اخْتَلَفُوا فِيهَا.

وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ شُرُوطِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ - أَعْنِي: اشْتِرَاطَ النِّيَّةِ مَعَ اللَّفْظِ، أَوْ بِانْفِرَادِ أَحَدِهِمَا:

فَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِاللَّفْظِ وَالنِّيَّةِ(١)، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ يَقَعُ بِاللَّفْظِ دُونَ النِّيَّةِ(٢)

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٣) أَنَّ لَفْظَ الطَّلَاقِ الصَّرِيحَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ.

فَمَنِ اكْتَفَى بِالنِّيَّةِ احْتَجَّ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم: **«إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»**(٤).

= فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلاثًا فثلاث». ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى». «الهداية» (١/ ٢٣١)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٨).

«الكافي» (٣/ ١٢١)، «الشرح الكبير على متن المقنع»، لشمس الدين ابن قدامة (٨/ ٣٢٥).

(١) ينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٧٧)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٣٤).

(٢) **المشهور عند الحنفية أنه يقع باللفظ الصريح دون نية.**
«المختصر للقدوري» (ص١١٢)، «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٥).

(٣) «مغني المحتاج»، للخطيب الشربيني (٣/ ٢٨٠)، «تحفة المحتاج» (٨/ ١١).

(٤) رواه البخاري (١)، ومسلم (١٩٠٧).

وَمَنْ لَمْ يَعْتَبِرِ النِّيَّةَ دُونَ اللَّفْظِ: احْتَجَّ بِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ، وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا**»(١)

وَالنِّيَّةُ دُونَ قَوْلٍ حَدِيثُ نَفْسٍ، قَالَ: وَلَيْسَ يَلْزَمُ مَنِ اشْتَرَطَ النِّيَّةَ فِي الْعَمَلِ فِي الْحَدِيثِ الْمُتَقَدِّمِ أَنْ تَكُونَ النِّيَّةُ كَافِيَةً بِنَفْسِهَا.

[١٧١٩/هـ] وَاخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ: هَلْ يَقَعُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا طَلَاقٌ بَائِنٌ، إِذَا قَصَدَ ذَلِكَ الْمُطَلِّقُ وَلَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ عِوَضٌ؟

فَقِيلَ: يَقَعُ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ(٢)

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ مِنْ مَسَائِلِ أَحْكَامِ صَرِيحِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ.

١٧٢٠ وَأَمَّا أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ الَّتِي لَيْسَتْ بِصَرِيحٍ:

فَمِنْهَا: مَا هِيَ كِنَايَةٌ ظَاهِرَةٌ عِنْدَ مَالِكٍ.

وَمِنْهَا: مَا هِيَ كِنَايَةٌ مُحْتَمَلَةٌ(٣).

[١٧٢٠/...] وَمَذْهَبُ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى فِي الْكِنَايَةِ الظَّاهِرَةِ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ طَلَاقًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ هُنَالِكَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ كَرَأْيِهِ فِي الصَّرِيحِ.

---

(١) مزج المصنف بين حديثين:
فصدر الحديث المذكور: رواه البخاري (٢٥٢٨)، ومسلم (١٢٧)، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: «**إن الله تجاوز عن أمتي ما حدَّثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تتكلم**».
وعجزه: رواه ابن ماجه (٢٠٤٣)، بلفظ: «**إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه**». وله طرق كثيرة لا تخلو من مقال، لكن يقوي بعضها بعضًا.

(٢) «الشرح الكبير» (٢/ ٣٥٢)، «منح الجليل» (٤/ ١٣).

(٣) قال الدَّرْدير: «(وقصد)؛ أي: قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولو لم يقصد حل العصمة وقصد حلها في الكناية الخفية». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٦٥)، وينظر: «شرح مختصر خليل» (٤/ ٣١).

كَذَلِكَ لَا يُقْبَلُ عِنْدَهُ مَا يَدَّعِيهِ مِنْ دُونِ الثَّلَاثِ فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ، وَذَلِكَ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَالَ ذَلِكَ فِي الْخُلْعِ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا:

فَيُصَدِّقُهُ فِي الْكِنَايَةِ الظَّاهِرَةِ فِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ طَلَاقَ غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا بَائِنٌ، وَهَذِهِ هِيَ مِثْلُ قَوْلِهِمْ: حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَمِثْلُ: الْبَتَّةَ، وَمِثْلُ قَوْلِهِمْ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ(١).

وَأَمَّا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ(٢) فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ:

فَإِنَّهُ يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى مَا نَوَاهُ، فَإِنْ كَانَ نَوَى طَلَاقًا: كَانَ طَلَاقًا، وَإِنْ كَانَ نَوَى ثَلَاثًا كَانَ ثَلَاثًا، أَوْ وَاحِدَةً كَانَ وَاحِدَةً، وَيُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ.

وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ(٣) فِي ذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَى أَصْلِهِ وَاحِدَةً أَوِ اثْنَتَيْنِ وَقَعَ عِنْده طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

وَإِنِ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى الطَّلَاقِ، وَزَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ: لَمْ يُصَدَّقْ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ عِنْدَهُ فِي مُذَاكَرَتِهِ الطَّلَاقَ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يُطَلِّقُ بِالْكِنَايَاتِ كُلِّهَا إِذَا اقْتَرَنَتْ بِهَا هَذِهِ الْقَرِينَةُ إِلَّا أَرْبَعَ:

حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَاعْتَدِّي، وَاسْتَبْرِئِي، وَتَقَنَّعِي؛ لِأَنَّهَا عِنْدَهُ مِنَ الْمُحْتَمَلَةِ غَيْرِ الظَّاهِرَةِ.

١٧٢١ وَأَمَّا **أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ الْمُحْتَمَلَةُ** غَيْرُ الظَّاهِرَةِ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهَا نِيَّتُهُ(٤)، كَالْحَالِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي الْكِنَايَةِ الظَّاهِرَةِ(٥).

---

(١) «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٧٩)، «حاشية العدوي» (٤/ ٤٥).

(٢) قال النووي: «وكنايته: كأنت خلية، برية، بتة، بتلة، بائن، اعتدي، استبرئي رحمك، إلحقي بأهلك، حبلك على غاربك، اعزبي، اغربي، دعيني، أو نحوها». «منهاج الطالبين» (ص١٠٦)، وينظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٤٥٩).

(٣) «البحر الرائق» مع منحة الخالق لابن عابدين (٣/ ٣٢٦)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢١٦).

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ، فَقَالُوا: لَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى طَلَاقًا(١).

فَيَتَحَصَّلُ فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

قَوْلٌ أَنْ يُصَدَّقَ بِإِطْلَاقٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

وَقَوْلٌ إِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ بِإِطْلَاقٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَالِكَ قَرِينَةٌ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

وَقَوْلٌ إِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي الْمَذْهَبِ خِلَافٌ فِي مَسَائِلَ يَتَرَدَّدُ حَمْلُهَا بَيْنَ الظَّاهِرِ وَالْمُحْتَمَلِ، وَبَيْنَ قُوَّتِهَا وَضَعْفِهَا فِي الدَّلَالَةِ عَلَى صِفَةِ الْبَيْنُونَةِ؛ فَوَقَعَ فِيهَا الِاخْتِلَافُ، وَهِيَ رَاجِعَةٌ إِلَى هَذِهِ الْأُصُولِ.

وَإِنَّمَا صَارَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ إِنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ طَلَاقًا، لِأَنَّ الْعُرْفَ اللُّغَوِيَّ وَالشَّرْعِيَّ شَاهِدٌ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ: أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ إِنَّمَا تَلَفَّظَ بِهَا النَّاسُ غَالِبًا، وَالْمُرَادُ بِهَا الطَّلَاقُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَالِكَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ. وَإِنَّمَا صَارَ إِلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ دُونَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ هُوَ الْبَيْنُونَةُ، وَالْبَيْنُونَةُ لَا تَقَعُ إِلَّا خُلْعًا عِنْدَهُ فِي الْمَشْهُورِ أَوْ ثَلَاثًا، وَإِذَا لَمْ تَقَعْ خُلْعًا - لِأَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ عِوَضٌ - فَبَقِيَ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثًا، وَذَلِكَ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى الْقَوْلِ فِي الْمَذْهَبِ بِأَنَّ الْبَائِنَ تَقَعُ مِنْ دُونِ عِوَضٍ وَدُونِ عَدَدٍ أَنْ يُصَدَّقَ فِي ذَلِكَ وَتَكُونَ وَاحِدَةً بَائِنَةً.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ فِي صَرِيحِ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ، كَانَ أَحْرَى أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِي كِنَايَتِهِ، لِأَنَّ دَلَالَةَ الصَّرِيحِ أَقْوَى مِنْ دَلَالَةِ الْكِنَايَةِ.

وَيُشْبِهُ أَنْ تَقُولَ الْمَالِكِيَّةُ: إِنْ لَفَظَ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ صَرِيحًا فِي الطَّلَاقِ، فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْعَدَدِ.

---

(١) تقدم.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لِلشَّافِعِيِّ حَدِيثُ رُكَانَةَ الْمُتَقَدِّمُ[١]، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ فِي: حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ.

وَإِنَّمَا صَارَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ إِذَا نَوَى مَا دُونَ الثَّلَاثِ يَكُونُ رَجْعِيًّا، لِحَدِيثِ رُكَانَةَ الْمُتَقَدِّمِ.

وَصَارَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّهُ يَكُونُ بَائِنًا؛ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ بِهِ قَطْعُ الْعِصْمَةِ.

وَلَمْ يَجْعَلْهُ ثَلَاثًا، لِأَنَّ الثَّلَاثَ مَعْنًى زَائِدٌ عَلَى الْبَيْنُونَةِ عِنْدَهُ.

فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

هَلْ يُقَدَّمُ عُرْفُ اللَّفْظِ عَلَى النِّيَّةِ أَوِ النِّيَّةُ عَلَى عُرْفِ اللَّفْظِ؟

وَإِذَا غَلَّبْنَا عُرْفَ اللَّفْظِ: فَهَلْ يَقْتَضِي الْبَيْنُونَةَ فَقَطْ، أَوِ الْعَدَدَ؟

فَمَنْ قَدَّمَ النِّيَّةَ لَمْ يَقْضِ عَلَيْهِ بِعُرْفِ اللَّفْظِ، وَمَنْ قَدَّمَ الْعُرْفَ الظَّاهِرَ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى النِّيَّةِ.

١٧٣٢ وَمِمَّا اخْتَلَفَ فِيهِ الصَّدْرُ الْأَوَّلُ وَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ مِنْ هَذَا الْبَابِ - أَعْنِي: مِنْ جِنْسِ الْمَسَائِلِ الدَّاخِلَةِ فِي هَذَا الْبَابِ، لَفْظُ التَّحْرِيمِ - أَعْنِي: مَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ.

وَذَلِكَ: أَنَّ مَالِكًا[٢] قَالَ: يُحْمَلُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا عَلَى الْبَتِّ - أَيِ: الثَّلَاثِ، وَيُنَوَّى فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا.

وَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةِ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَعَلِيٍّ مِنَ الصَّحَابَةِ[٣].

وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُهُ - إِلَّا ابْنَ الْمَاجِشُونِ[٤]، فَإِنَّهُ قَالَ: لَا يُنَوَّى فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَتَكُونُ ثَلَاثًا، **فَهَذَا هُوَ أَحَدُ الْأَقْوَالِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.**

---

(١) تقدم.

(٢) «التاج والإكليل»، للمواق (٣٢٨/٥)، «شرح مختصر خليل» (٦٨/٤).

(٣) «الاستذكار» (١٧/٦).

(٤) «الاستذكار» (١٨/٦).

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ إِنْ نَوَى بِذَلِكَ ثَلَاثًا فَهِيَ ثَلَاثٌ، وَإِنْ نَوى وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وَإِنْ نَوَى يَمِينًا فَهُوَ يَمِينٌ يُكَفِّرُهَا، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ طَلَاقًا وَلَا يَمِينًا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، هِيَ كَذِبَةٌ، وَقَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ الثَّوْرِيُّ(١).

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ يَكُونُ أَيْضًا مَا نَوَى بِهَا، وَإِنْ نَوى وَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ، أَوْ ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يُكَفِّرُهَا، وَهَذَا الْقَوْلُ قَالَهُ الْأَوْزَاعِيُّ(٢).

وَالْقَوْلُ الرَّابِعُ: أَنْ يَنْوِيَ فِيهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ:

فِي إِرَادَةِ الطَّلَاقِ وَفِي عَدَدِهِ، فَمَا نَوى كَانَ مَا نَوَى، فَإِنْ نَوى وَاحِدَةً كَانَ رَجْعِيًّا، وَإِنْ أَرَادَ تَحْرِيمَهَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٣).

وَالْقَوْلُ الْخَامِسُ: أَنَّهُ يَنْوِي أَيْضًا فِي الطَّلَاقِ وَفِي الْعَدَدِ، فَإِنْ نَوى وَاحِدَةً كَانَتْ بَائِنَةً، فَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقًا كَانَ يَمِينًا، وَهُوَ مُولٍ، فَإِنْ نَوَى الْكَذِبَ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

وبِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(٤).

وَالْقَوْلُ السَّادِسُ: إِنَّهَا يَمِينٌ يُكَفِّرُهَا مَا يُكَفِّرُ الْيَمِينَ، إِلَّا أَنْ بَعْضَ هَؤُلَاءِ قَالَ: يَمِينٌ مُغَلَّظَةٌ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ(٥)، وَابْنِ عَبَّاسٍ(٦) وَجَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ(٧).

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ؛ وَقَدْ سُئِلَ عَنْهَا: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ(٨).

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٨). (٢) «الاستذكار» (٦/ ١٨).

(٣) «الأم»، للشافعي (٥/ ٢٧٨)، «منهاج الطالبين» (ص٢٣٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٦١).

(٤) «المبسوط»، للسرخسي (٣/ ٩٥)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٦٧).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ١٩). (٦) «الاستذكار» (٦/ ١٩).

(٧) «الاستذكار» (٦/ ١٩).

(٨) رواه البخاري (٤٩١١)، ومسلم (١٤٧٣).

ذَهَبَ إِلَى الِاحْتِجَاجِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾ [التحريم: ١] الآيَةَ.

وَالْقَوْلُ السَّابِعُ: أَنَّ تَحْرِيمَ الْمَرْأَةِ كَتَحْرِيمِ الْمَاءِ، وَلَيْسَ فِيهِ كَفَّارَةٌ وَلَا طَلَاقٌ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧].

وَهُوَ قَوْلُ مَسْرُوقِ بن الْأَجْدَعِ وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَٰنِ وَالشَّعْبِيِّ(١) وَغَيْرِهِمْ.

وَمَنْ قَالَ فِيهَا إِنَّهَا غَيْرُ مُغَلَّظَةٍ:

بَعْضُهُمْ أَوْجَبَ فِيهَا الْوَاجِبَ فِي الظِّهَارِ.

وَبَعْضُهُمْ أَوْجَبَ فِيهَا عِتْقَ رَقَبَةٍ.

وَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ: هَلْ هُوَ يَمِينٌ أَوْ كِنَايَةٌ، أَوْ لَيْسَ بِيَمِينٍ وَلَا كِنَايَةٍ؟

فَهَذِهِ أُصُولُ مَا يَقَعُ مِنَ الِاخْتِلَافِ فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ.

[الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ الْمُقَيَّدَةِ]

١٧٢٣ وَالطَّلَاقُ الْمُقَيَّدُ لَا يَخْلُو مِنْ قِسْمَيْنِ:

[١] إِمَّا تَقْيِيدُ اشْتِرَاطٍ.

[٢] أَوْ تَقْيِيدُ اسْتِثْنَاءٍ.

[١٧٢٣/أ] وَالتَّقْيِيدُ الْمُشْتَرَطُ:

لَا يَخْلُو أَنْ يُعَلَّقَ بِمَشِيئَةِ مَنْ لَهُ اخْتِيَارٌ، أَوْ بِوُقُوعِ فِعْلٍ مِنَ الْأَفْعَالِ الْمُسْتَقْبَلَةِ، أَوْ بِخُرُوجِ شَيْءٍ مَجْهُولِ الْعِلْمِ إِلَى الْوُجُودِ، عَلَى مَا يَدَّعِيهِ الْمُعَلِّقُ لِلطَّلَاقِ بِهِ، مِمَّا لَا يُتَوَصَّلُ إِلَى عِلْمِهِ إِلَّا بَعْدَ خُرُوجِهِ إِلَى الْحِسِّ، أَوْ إِلَى الْوُجُودِ، أَوْ بِمَا لَا سَبِيلَ إِلَى الْوُقُوفِ عَلَيْهِ مِمَّا هُوَ مُمْكِنٌ أَنْ يَكُونَ أَوْ لَا يَكُونَ.

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢٠).

فَأَمَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِالْمَشِيئَةِ:

(أ) فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يُعَلِّقَهُ بِمَشِيئَةِ اللهِ.

(ب) أَوْ بِمَشِيئَةِ مَخْلُوقٍ.

فَإِذَا عَلَّقَهُ بِمَشِيئَةِ اللهِ وَسَوَاءٌ عَلَّقَهُ عَلَى جِهَةِ الشَّرْطِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: «أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ.

أَوْ عَلَى جِهَةِ الِاسْتِثْنَاءِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: «أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللهُ:

فَإِنَّ مَالِكًا[(١)] قَالَ: لَا يُؤَثِّرُ الِاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ شَيْئًا، وَهُوَ وَاقِعٌ وَلَا بُدَّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، والشَّافِعِي[(٣)]: إِذَا اسْتَثْنَى الْمُطَلِّقُ مَشِيئَةَ اللهِ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ يَتَعَلَّقُ الِاسْتِثْنَاءُ بِالْأَفْعَالِ الْحَاضِرَةِ الْوَاقِعَةِ؛ كَتَعَلُّقِهِ بِالْأَفْعَالِ الْمُسْتَقْبَلَةِ أَوْ لَا يَتَعَلَّقُ؟

---

(١) قال الخرشي: «إذا قال لزوجته: أنت طالق إن شاء الله أو إلا أن يشاء الله، فإنه ينجز عليه الطلاق؛ إذ لا فرق بين الصيغتين؛ لأن المشيئة لا تنفع في غير الله».
«شرح مختصر خليل» (٤/ ٥٧)، وينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٣٥٩).
قال الرحيباني: «(و) إن قال لزوجته: (يا طالق) إن شاء الله طلقت، قاله في «الترغيب »، وقال: إنه أولى بالوقوع من قوله: أنت طالق إن شاء الله (أو) قال: (أنت طالق) إن شاء الله، (أو) قال: (عبدي حر) إن شاء الله». «مطالب أولي النهى» (٥/ ٤٤٠)، وينظر: «كشاف القناع» (٥/ ٣١١).

(٢) ينظر: «الهداية» (١/ ٢٤٧)، «مختصر القدوري» (ص١١٥).

(٣) قال الشِّرْبيني: «(ولو قال: أنت طالق إن شاء الله) طلاقك (أو) أنت طالق (إن لم يشأ الله) طلاقك (وقصد التعليق) بالمشيئة في الأول، وبعدمها في الثاني قبل فراغ الطلاق (لم يقع)؛ أي: الطلاق؛ لأن المعلق عليه من مشيئة الله أو عدمها غير معلوم؛ ولأنَ الوقوع بخلاف مشيئة الله تعالى محال، فإن لم يقصد بالمشيئة التعليق بأن سبقت إلى لسانه لتعوده بها، كما هو الأدب، أو قصدها بعد الفراغ من الطلاق، أو قصد بها التبرك، أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى، أو لم يعلم هل قصد التعليق أو لا: وقع». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٩). وينظر: «منهاج الطالبين»، للنووي (ص٢٣٤).

وَذَلِكَ أَنَّ الطَّلَاقَ هُوَ فِعْلٌ حَاضِرٌ، فَمَنْ قَالَ: لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، قَالَ: لَا يُؤَثِّرُ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَا اشْتِرَاطُ الْمَشِيئَةِ فِي الطَّلَاقِ(١).

وَمَنْ قَالَ: يَتَعَلَّقُ بِهِ، قَالَ: يُؤَثِّرُ فِيهِ(٢).

وَأَمَّا إِنْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِمَشِيئَةِ مَنْ تَصِحُّ مَشِيئَتُهُ، وَيُتَوَصَّلُ إِلَى عِلْمِهَا:

فَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِ الَّذِي عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِمَشِيئَتِهِ(٣).

وَأَمَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَةِ مَنْ لَا مَشِيئَةَ لَهُ:

فَفِيهِ خِلَافٌ فِي الْمَذْهَبِ:

قِيلَ: يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ.

وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ(٤).

وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ دَاخِلَانِ فِي هَذَا الْمَعْنَى:

---

(١) «المقدمات الممهدات» (١/ ٤١٥). (٢) «بدائع الصنائع» (٣/ ١٥٧).

(٣) قال الدَّرْدِير: «ومن هذا القبيل: أنت طالق إن شاء زيد، فينتظر مشيئته، فإن شاء الطلاق وقع وإلا فلا». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٩٦). وينظر: «شرح مختصر خليل» (٤/ ٦١).

قال ابن نُجَيم: «ولو قال لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان، أو إن أحب، أو إن رضي، أو إن هوى، أو إن أراد، فبلغ فلانًا فله مجلس علمه». «البحر الرائق» (٣/ ٣٦٦)، «المبسوط» (٩/ ٢٧).

قال زكريا الأنصاري: «قال أنت طالق إن شاء زيد. فقال: شئت؛ فإنه يصدق في ذلك بغير يمين، ويقع الطلاق». «أسنى المطالب» (٣/ ٣١٦). وينظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٥١٨).

قال الرحيباني: «(ولو قال لها: أنت طالق وعبدي حر إن شاء زيد؛ ولا نية تخصص) العتق أو الطلاق (فشاءهما) زيد، أي: الطلاق والعتق (وقعا) لوجود الصفة». «مطالب أولي النهى» (٥/ ٤٣٩). وينظر: «شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ١٣٣).

(٤) «المدونة» (٢/ ٧٠)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٨٠).

فَمَنْ شَبَّهَهُ بِطَلَاقِ الْهَزْلِ؛ وَكَانَ الطَّلَاقُ بِالْهَزْلِ عِنْدَهُ(١) يَقَعُ، قَالَ: يَقَعُ هَذَا الطَّلَاقُ.

وَمَنِ اعْتَبَرَ وُجُودَ الشَّرْطِ قَالَ: لَا يَقَعُ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ عُدِمَ هَا هُنَا(٢).

[١٧٣٣/ب] وَأَمَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِالْأَفْعَالِ الْمُسْتَقْبَلَةِ:

فَإِنَّ الْأَفْعَالَ الَّتِي يُعَلَّقُ بِهَا تُوجَدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

أَحَدُهَا: مَا يُمْكِنُ أَنْ يَقَعَ أَوْ لَا يَقَعَ عَلَى السَّوَاءِ، كَدُخُولِ الدَّارِ وَقُدُومِ زَيْدٍ، فَهَذَا يَقِفُ وُقُوعُ الطَّلَاقِ فِيهِ، عَلَى وُجُودِ الشَّرْطِ بِلَا خِلَافٍ(٣)(٤).

---

(١) نقل ابن المنذر في «الأوسط» (٩/ ٢٥٩): الإجماع على أنَ طلاق الهازل واقع.
قلت: والخلاف ثابتٌ.

(٢) قد تقدم أنه أحد قولي المالكية، وأنَ مذهب الحنابلة وقوع الطلاق.
ومذهب الحنفية والشافعية: أن الطلاق لا يقع.
«أسنى المطالب» (٣/ ٣٠٤)، «درر الحكام» (١/ ٣٧٩).

(٣) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٨)، والماوردي في «الحاوي» (١٣/ ٥٤)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٤١٦).
نعم، خالف ابن حزم في كتابه «المحلى» (٩/ ٤٧٩) هذا الإجماع، وذهب إلى إنه لا يقع بذلك طلاق أبدًا، سواء قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو ذكر وقتًا ما، فلا تكون طالقًا بذلك، لا الآن، ولا إذا جاء رأس الشهر.
واستدل بأنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك.
قال: وقد علّمنا الله الطلاق على المدخول بها، وغير المدخول بها، وليس هذا فيما علّمناه، ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١].
وأن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه، فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه؛ انتهى بتصرف.
وقد أنكر شيخ الإسلام ابن تيمية على ابن حزم قوله هذا، فقال: «ذكر ابن حزم «الإجماع» على أن الطلاق إلى أجل يقع عند الأجل، ومعلوم أن هذا من أظهر ما يدعى عليه الإجماع؛ لكن ابن حزم يخالف في غير موضع ما هو إجماع عند عامة العلماء».
انظر: «نقد مراتب الإجماع» (ص٢٩٥).

(٤) «الهداية» (١/ ٢٢٨)، «مختصر القدوري» (ص١١٤).

ـ وَأَمَّا مَا لَا بُدَّ مِنْ وُقُوعِهِ كَطُلُوعِ الشَّمْسِ غَدًا، فَهَذَا يَقَعُ نَاجِزًا عِنْدَ مَالِكٍ[(١)]، وَيَقِفُ وُقُوعُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[(٢)] وَأَبِي حَنِيفَةَ[(٣)] عَلَى وُجُودِ الشَّرْطِ.

فَمَنْ شَبَّهَهُ بِالشَّرْطِ الْمُمْكِنِ الْوُقُوعِ، قَالَ: لَا يَقَعُ إِلَّا بِوُقُوعِ الشَّرْطِ.

وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْوَطْءِ الْوَاقِعِ فِي الْأَجَلِ بِنِكَاحِ الْمُتْعَةِ؛ لِكَوْنِهِ وَطْئًا مُسْتَبَاحًا إِلَى أَجَلٍ، قَالَ: يَقَعُ الطَّلَاقُ.

وَالثَّالِثُ: هُوَ الْأَغْلَبُ مِنْهُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ وُقُوعُ الشَّرْطِ، وَقَدْ لَا يَقَعُ كَتَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ وَمَجِيءِ الْحَيْضِ وَالطُّهْرِ؛ فَفِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ عَنْ مَالِكٍ[(٤)]:

إِحْدَاهُمَا: وُقُوعُ الطَّلَاقِ نَاجِزًا.

وَالثَّانِيَةُ: وُقُوعُهُ عَلَى وُجُودِ شَرْطِهِ.

وَهُوَ الَّذِي يَأْتِي عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ[(٥)] وَالشَّافِعِيِّ[(٦)].

= «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٧٧)، «منح الجليل» (٤/ ١٣٢ ـ ١٣٣).
قال زكريا الأنصاري: (تعليقه جائز) كالعتق؛ ولأنه قد يكره طلاقها فيدفع بتعليقه تنجيزه...
ولا يجوز الرجوع فيه كالحلف، كما قدمه في الخلع، وصرَّح به الأصل هنا (فلا يقع قبل) وجود (الشروط). «أسنى المطالب» (٣/ ٣٠١). وينظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٤).
قال البُهُوتي: «(ويصح) التعليق مع تقدم الشرط؛ كإن دخلت الدار فأنت طالق. ويصح أيضًا مع (تأخره)؛ أي: الشرط، كأنت طالق إن دخلت الدار بشرط اتصاله ونيته، قبل تمام أنت طالق». «كشاف القناع» (٥/ ٢٨٤). وينظر: «نيل المآرب» التغلبي الشَّيْبَاني (٢/ ٢٤٦).

(١) «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٩٠)، «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٣٤٨).
(٢) «الأم» (٥/ ١٩٧)، «منهاج الطالبين» (ص٢٣٦)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٠٢).
(٣) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٢/ ٣٢١).
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ١١٢)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٤٠٠).
(٤) «الشرح الكبير» (٢/ ٣٩٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٤٨).
(٥) «المبسوط» (٩/ ٢٧)، «البحر الرائق» (٣/ ٣٦٦).
(٦) «منهاج الطالبين» (ص٢٣٦)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٠٢).

وَالْقَوْلُ بِإِنْجَازِ الطَّلَاقِ فِي هَذَا يَضْعُفُ؛ لِأَنَّهُ مُشَبَّهٌ عِنْدَهُ بِمَا يَقَعُ وَلَا بُدَّ، وَالْخِلَافُ فِيهِ قَوِيٌّ.

وَأَمَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِالشَّرْطِ الْمَجْهُولِ الْوُجُودِ:

فَإِنْ كَانَ لَا سَبِيلَ إِلَى عِلْمِهِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ كَانَ خَلَقَ اللهُ الْيَوْمَ فِي بَحْرِ الْقُلْزُمِ حُوتًا بِصِفَةِ كَذَا فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ فَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بِهِ هَذَا[١]، وَأَمَّا إِنْ عَلَّقَهُ بِشَيْءٍ يُمْكِنُ أَنْ يُعْلَمَ بِخُرُوجِهِ إِلَى الْوُجُودِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ وَلَدْتِ أُنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَتَوَقَّفُ عَلَى خُرُوجِ ذَلِكَ الشَّيْءِ إِلَى الْوُجُودِ.

وَأَمَّا إِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَنَّهَا تَلِدُ أُنْثَى، فَإِنَّ الطَّلَاقَ فِي الْحِينِ يَقَعُ عِنْدَهُ وَإِنْ وَلَدَتْ أُنْثَى.

وَكَأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ التَّغْلِيظِ.

وَالْقِيَاسُ يُوجِبُ أَنْ يُوقَفَ الطَّلَاقُ عَلَى خُرُوجِ ذَلِكَ الشَّيْءِ أَوْ ضِدِّهِ.

وَمِنْ قَوْلِ مَالِكٍ: إِنَّهُ إِذَا أَوْجَبَ الطَّلَاقَ عَلَى نَفْسِهِ، بِشَرْطِ أَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا مِنَ الْأَفْعَالِ، أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ حَتَّى يَفْعَلَ ذَلِكَ الْفِعْلَ.

وَإِذَا أَوْجَبَ الطَّلَاقَ عَلَى نَفْسِهِ بِشَرْطِ تَرْكِ فِعْلٍ مِنَ الْأَفْعَالِ، فَإِنَّهُ عَلَى الْحِنْثِ حَتَّى يَفْعَلَ، وَيُوقَفُ عِنْدَهُ عَنْ وَطْءِ زَوْجَتِهِ، فَإِنِ امْتَنَعَ عَنْ ذَلِكَ الْفِعْلِ أَكْثَرَ مِنْ مُدَّةِ أَجَلِ الْإِيلَاءِ ضُرِبَ لَهُ أَجَلُ الْإِيلَاءِ، وَلَكِنْ لَا يَقَعُ عِنْدَهُ حَتَّى يَفُوتَ الْفِعْلُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَقَعُ فَوْتُهُ.

وَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ عَلَى بِرٍّ حَتَّى يَفُوتَ الْفِعْلُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفُوتُ كَانَ عَلَى الْبِرِّ حَتَّى يَمُوتَ.

---

(١) قال ابن جُزَي: «(الرابع): أن يعلقه بشرط يجهل وقوعه، فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال؛ كقوله: إن خلق الله في بحر القُلْزُم حوتًا على صفة كذا. وإن كان يوصل إلى علمه كقوله: إن ولدت أنثى؛ توقف الطلاق على وجوده». «القوانين الفقهية» (ص١٥٤). وينظر: «المعونة على مذهب عالم المدينة» (ص٨٤٥).

١٧٢٤ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي تَبْعِيضِ الْمُطَلَّقَةِ، أَوْ تَبْعِيضِ الطَّلَاقِ، وَإِرْدَافِ الطَّلَاقِ عَلَى الطَّلَاقِ.

[١٧٢٤/...] فَأَمَّا مَسْأَلَةُ تَبْعِيضِ الْمُطَلَّقَةِ:

فَإِنَّ مَالِكًا[(١)] قَالَ: إِذَا قَالَ يَدُكِ أَوْ رِجْلُكِ أَوْ شَعْرُكِ طَالِقٌ طُلِّقَتْ عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]: لَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِذِكْرِ عُضْوٍ يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جُمْلَةِ الْبَدَنِ كَالرَّأْسِ وَالْقَلْبِ وَالْفَرْجِ.

وَكَذَلِكَ تُطَلَّقُ عِنْدَهُ إِذَا طَلَّقَ الْجُزْءَ مِنْهَا، مِثْلَ الثُّلُثِ أَوِ الرُّبُعِ.

وَقَالَ دَاوُدُ: لَا تُطَلَّقُ.

كَذَلِكَ إِذَا قَالَ عِنْدَ مَالِكٍ[(٣)]: طَلَّقْتُكِ نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ، طُلِّقَتْ، لِأَنَّ هَذَا كُلَّهُ عِنْدَهُ لَا يَتَبَعَّضُ.

وَعِنْدَ الْمُخَالِفِ إِذَا تَبَعَّضَ لَمْ يَقَعْ.

١٧٢٥ وَأَمَّا إِذَا قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، نَسَقًا، فَإِنَّهُ يَكُونُ ثَلَاثًا عِنْدَ مَالِكٍ[(٤)].

---

(١) قال الخرشي: «ولزم بشعرك طالق أو كلامك على الأحسن.
(ش) المشهور أن الرجل إذا قال لزوجته: شعرك طالق أو كلامك طالق، فإنه يلزمه ما نواه، لأن الشعر والكلام من محاسن المرأة. ومثله الريق والعقل بخلاف العلم.
وكلام المؤلف إذا قصد الشعر المتصل بها أو لا قصد له.
وأما إن قصد المنفصل فهو كالبصاق».
«شرح مختصر خليل» (٤/ ٥٣)، وينظر: «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٤٨).

(٢) قال السرخسي: «إذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو أصبعك طالق، لا يقع شيء عندنا. وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى: تطلق؛ لأنه أضاف الطلاق إلى جزء مستمتع به منها بعقد النكاح فيقع الطلاق كالوجه والرأس وهذا؛ لأن مبنى الطلاق على الغلبة والسراية، فإذا أوقعه على جزء منها، يسري إلى جميعها كالجزء الشائع».
«المبسوط» (٦/ ٨٩). وينظر: «الهداية» (١/ ٢٢٦).

(٣) «مواهب الجليل»، للحطاب (٤/ ٦٢)، «منح الجليل»، لعليش (٤/ ٩٥).

(٤) «التاج والإكليل»، للمواق (٥/ ٣٣٥)، «مواهب الجليل»، للحطاب (٤/ ٦٠).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١] وَالشَّافِعِيُّ[٢]: يَقَعُ وَاحِدَةً.

فَمَنْ شَبَّهَ تَكْرَارَ اللَّفْظِ بِلَفْظِهِ بِالْعَدَدِ - أَعْنِي: بِقَوْلِهِ طَلَّقْتُكِ ثَلَاثًا - قَالَ: يَقَعُ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ بِاللَّفْظَةِ الْوَاحِدَةِ قَدْ بَانَتْ مِنْهُ قَالَ: لَا يَقَعُ عَلَيْهَا الثَّانِي وَالثَّالِثُ.

[١٧٢٥/...] وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي ارْتِدَافِهِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ.

وَأَمَّا الطَّلَاقُ الْمُقَيَّدُ بِالِاسْتِثْنَاءِ:

١٧٢٦ فَإِنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي الْعَدَدِ فَقَطْ، فَإِذَا طَلَّقَ أَعْدَادًا مِنَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ:

(١) إِمَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَ ذَلِكَ الْعَدَدَ بِعَيْنِهِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَاثْنَتَيْنِ إِلَّا اثْنَتَيْنِ.

(٢) وَإِمَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا هُوَ أَقَلُّ:

فَإِمَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا هُوَ أَقَلُّ مِمَّا هُوَ أَكْثَرُ.

وَإِمَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا هُوَ أَقَلُّ.

---

(١) قال الزيلعي: «(وإن فرق بانت بواحدة)؛ أي: إن فرق الطلاق بانت بطلقة واحدة، وذلك مثل أن يقول: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة، أو يقول: أنت طالق طالق طالق، أو يقول: أنت طالق أنت طالق أنت طالق.
وقال مالك وأحمد تطلق ثلاثًا إذا كان بعطف؛ وهو قول ابن أبي ليلى وربيعة وقول الشافعي رحمه الله في القديم». «تبيين الحقائق» (٢/ ٢١٣)، «البحر الرائق» (٣/ ٣١٥).

(٢) قال النووي: قال لها قبل الدخول: أنت طالق طالق، أو أنت طالق وطالق، أو طالق فطالق، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو أنت طالق بل طالق وطالق، لم يقع إلا طلقة؛ لأنها تبين بها، فلا يقع ما بعدها. «روضة الطالبين» (٨/ ٧٩).

[١٧٣٦/أ] فَإِذَا اسْتَثْنَى الْأَقَلَّ مِنَ الْأَكْثَرِ؛ فَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ(١)(٢) أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَصِحُّ وَيَسْقُطُ الْمُسْتَثْنَى، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً.

[١٧٣٦/ب] وَأَمَّا إِنِ اسْتَثْنَى الْأَكْثَرَ مِنَ الْأَقَلِّ؛ فَيَتَوَجَّهُ فِيهِ قَوْلَانِ(٣):

أَحَدُهُمَا:

أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لَا يَصِحُّ، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى مَنْعِ أَنْ يُسْتَثْنَى الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقَلِّ.

وَالْآخَرُ:

أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ(٤).

[١٧٣٦/ج] وَأَمَّا إِذَا اسْتَثْنَى ذَلِكَ الْعَدَدَ بِعَيْنِهِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا:

فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ: يَقَعُ الطَّلَاقُ، لِأَنَّهُ اتَّهَمَهُ عَلَى أَنَّهُ رُجُوعٌ مِنْهُ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَقُلْ بِالتُّهْمَةِ، وَكَانَ قَصْدُهُ بِذَلِكَ اسْتِحَالَةَ وُقُوعِ الطَّلَاقِ:

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٦٦)، وابن القطان فِي «الإقناع» (٢/ ٣٤، ٣٥).

نعم، نقل أبو بكر الخلال وابن تيمية من الحنابلة ـ أن الاستثناء في الطلاق لا يصح، فإذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة، وقعت ثلاثًا. وقالا: إنها رواية منصوصة عن الإمام أحمد.

«الروايتين والوجهين» (٢/ ١٦٢)، «الإنصاف» (٩/ ٢٨).

• دليل هذا القول: أن الطلاق قد وقع، فلا يرفعه الاستثناء بعد وقوعه.

«المغني» (١٠/ ٤٠٤).

(٢) حكى الإجماع: ابن القطان فِي «الإقناع» (٢/ ٣٤، ٣٥).

(٣) «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٨٩)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ٥٤).

(٤) قال المواق: «ومعروف المذهب جواز استثناء الأكثر». «التاج والإكليل» (٤/ ٦٦).

وينظر: «شرح مختصر خليل» مع حاشية العدوي (٤/ ٥٣).

قال المِرداوي: «وقيل: تطلق اثنتان، بناء على القول الآخر». «الإنصاف» (٩/ ٣٠).

قال الحصكفي: (وفي إلا ثلاثًا) يقع (ثلاث)؛ لأنَ استثناء الكل باطل». «الدر المختار» (٣/ ٣٧٤).

فَلَا طَلَاقَ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لَا طَالِقٌ - مَعًا، فَإِنَّ وُقُوعَ الشَّيْءِ مَعَ ضِدِّهِ مُسْتَحِيلٌ.

وَشَذَّ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ حَزْمٍ[1]، فَقَالَ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِصِفَةٍ لَمْ تَقَعْ بَعْدُ، وَلَا بِفِعْلٍ لَمْ يَقَعْ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ فِي وَقْتِ وُقُوعِهِ إِلَّا بِإِيقَاعِ مَنْ يُطَلِّقُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ؛ وَلَا دَلِيلَ مِنْ كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ وَلَا إِجْمَاعٍ عَلَى وُقُوعِ طَلَاقٍ فِي وَقْتٍ لَمْ يُوقِعْهُ فِيهِ الْمُطَلِّقُ، وَإِنَّمَا أَلْزَمَ نَفْسَهُ إِيقَاعَهُ فِيهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِاللُّزُومِ لَزِمَ أَنْ يُوقَفَ عِنْدَ ذَلِكَ الْوَقْتِ حَتَّى يُوقِعَ.

هَذَا قِيَاسُ قَوْلِهِ عِنْدِي وَحُجَّتُهُ، وَإِنْ كُنْتُ لَسْتُ أَذْكُرُ فِي هَذَا الْوَقْتِ احْتِجَاجَهُ فِي ذَلِكَ.

[الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْمُطَلِّقِ الْجَائِزِ الطَّلَاقِ]

١٧٢٧ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ الزَّوْجُ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ الْحُرُّ غَيْرُ الْمُكْرَهِ[2][3].

---

(١) «المحلى»، لابن جزم (١٠/ ٢١٣).

(٢) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٧)، وابن القيم في «زاد المعاد» (٥/ ٢١٢)، والعيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٩٨).

(٣) قال المرغيناني: «ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلًا بالغًا، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم». «الهداية» (١/ ٢٢٤)، وينظر: «تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٤).
قال الدَّردير: «(وإنما يصح) (طلاق المسلم) لزوجته ولو كافرة؛ احترازًا من الكافر فلا يصح منه (المكلف)؛ أي: البالغ العاقل ولو سفيهًا، فلا يصح من صبي. ووقوعه عليه إذا ارتد بحكم الشرع، لا أنه موقع له، ولا من مجنون». «الشرح الكبير» (٢/ ٣٦٥). وينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٧١).
قال الشِّرْبيني: «(يشترط لنفوذه)؛ أي: الطلاق من المطلق منجزًا كان أو معلقًا (التكليف)؛ أي: أن يكون مكلفًا، فيصح من السفيه والمريض؛ أي: ولو كان هازلًا، ولا يصحُّ من غير مكلف كصبي ومجنون ومغمى عليه ونائم؛ لا تنجيزًا ولا تعليقًا، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية في المعلق لفساد عبارته». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٥٥). وينظر: «تحفة المحتاج» (٨/ ٣).
قال ابن مفلح: «(ويصح من الزوج البالغ العاقل المختار) بغير خلاف نعلمه؛ =

وَاخْتَلَفُوا فِي طَلَاقِ الْمُكْرَهِ، وَالسَّكْرَانِ، وَطَلَاقِ الْمَرِيضِ، وَطَلَاقِ الْمُقَارِبِ لِلْبُلُوغِ.

وَاتَّفَقُوا[(١)] **عَلَى أَنَّهُ يَقَعُ طَلَاقُ الْمَرِيضِ إِنْ صَحَّ**[(٢)].

وَاخْتَلَفُوا هَلْ تَرِثُهُ إِنْ مَاتَ أَمْ لَا؟

١٧٢٨ **فَأَمَّا طَلَاقُ الْمُكْرَهِ:**

فَإِنَّهُ غَيْرُ وَاقِعٍ عِنْدَ مَالِكٍ[(٣)]، وَالشَّافِعِيِّ[(٤)]، وَأَحْمَدَ[(٥)]، وَدَاوُدَ[(٦)]،

= لأن المصحِّح لوقوع الطلاق موجود ـ وهو التكليف». «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٩٣)، وينظر: «كشاف القناع» (٥/ ٢٣٣).

(١) «الهداية» (٢/ ٢٥١)، «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ١٥٤).
في «المدونة» (٢/ ٨٦) «قلتُ: أرأيت إذا طلق رجل امرأته وهو مريض قبل البناء بها؟ قال مالك: لها نصف الصداق، ولها الميراث؛ إن مات من مرضه ذلك».
«مواهب الجليل»، للحطاب (٤/ ٢٨).
«الأم»، للشافعي (٥/ ٢٧١)، «العزيز شرح الوجيز»، للرافعي (٨/ ٥٨٣).
«الشرح الكبير على متن المقنع» (٧/ ١٨١).

(٢) حكى الإجماع: ابن جُزَي فِي«القوانين الفقهية» (ص٢٢٩).
ذهب الشعبي، وعمرو بن عبيد، إلى أن طلاق المريض غير صحيح، فليس له طلاق، وهي زوجته كما كانت.
«الحاوي» (١٣/ ١٣٧)، «مراتب الإجماع» (ص١٢٧).
• قالا: لا ينفذ لمريض طلاق؛ لأجل التهمة في الهرب من ميراث زوجته. «الحاوي» (١٣/ ١٣٧).

(٣) «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٠)، «حاشية الدسوقي» (٢/ ٣٦٧).

(٤) قال الشربيني: «(ولا يقع طلاق مكره) بغير حق، كما لا يصح إسلامه... ولأنه قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته وصح إسلامه، فإن أكره عليه بباطل لغا كالردة». «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨٩)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٣١).

(٥) قال شمس الدين ابن قدامة: «(ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه) لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع». «الشرح الكبير على متن المقنع» (٨/ ٢٤١). وينظر: «كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٢٣٥).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ٢٠١). =

وَجَمَاعَةٍ[١]. وَبِهِ قَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ، وَابْنُ الزُّبَيْرِ[٢]، وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ[٣]، وَعَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ[٤]، وَابْنُ عَبَّاسٍ[٥].

وَفَرَّقَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ بَيْنَ أَنْ يَنْوِيَ الطَّلَاقَ أَوْ لَا يَنْوِيَ شَيْئًا، فَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ فَعَنْهُمْ قَوْلَانِ:

أَصَحُّهُمَا لُزُومُهُ.

وَإِنْ لَمْ يَنْوِ فَقَوْلَانِ:

أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ[٦].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٧]: هُوَ وَاقِعٌ.

وَكَذَلِكَ عِتْقُهُ دُونَ بَيْعِهِ، فَفَرَّقُوا بَيْنَ الْبَيْعِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ[٨].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلِ الْمُطَلِّقُ مِنْ قِبَلِ الْإِكْرَاهِ مُخْتَارٌ أَمْ لَيْسَ بِمُخْتَارٍ؟

لِأَنَّهُ لَيْسَ يُكْرَهُ عَلَى اللَّفْظِ؛ إِذْ كَانَ اللَّفْظُ إِنَّمَا يَقَعُ بِاخْتِيَارِهِ.

وَالْمُكْرَهُ عَلَى الْحَقِيقَةِ هُوَ الَّذِي لَمْ يَكُنْ لَهُ اخْتِيَارٌ فِي إِيقَاعِ الشَّيْءِ أَصْلًا.

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ يَحْتَجُّ بِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»[٩].

وَلَكِنَّ الْأَظْهَرَ: أَنَّ الْمُكْرَهَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ مُوقِعًا لِلَّفْظِ بِاخْتِيَارِهِ، أَنَّهُ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ فِي الشَّرْعِ اسْمُ الْمُكْرَهِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ**﴾ [النحل: ١٠٦].

= وهو قول ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٠٢).

(١) «الأوسط» (٩/ ٢٥٤). (٢) «مصنف ابن أبي شيبة» (٩/ ٥٧٠).

(٣) «السُّنن الكبرى»، للبيهقي (٧/ ٣٥٧). (٤) «مصنف ابن أبي شيبة» (٩/ ٥٦٩).

(٥) «مصنف ابن أبي شيبة» (٧/ ١١٢).

(٦) «تحفة المحتاج» (٨/ ٣٣)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨٩).

(٧) «مختصر القدوري» (ص١١٣)، «اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ٤٥).

(٨) «النتف في الفتاوى» (٢/ ٦٩٧). (٩) تقدم تخريجه.

وَإِنَّمَا فَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ[١] بَيْنَ الْبَيْعِ وَالطَّلَاقِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ مُغَلَّظٌ فِيهِ، وَلِذَلِكَ اسْتَوَى جِدُّهُ وَهَزْلُهُ.

١٧٢٩ وَأَمَّا طَلَاقُ الصَّبِيِّ:

فَإِنَّ الْمَشْهُورَ عَنْ مَالِكٍ[٢] أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ حَتَّى يَبْلُغَ.

وَقَالَ فِي «مُخْتَصَرِ مَا لَيْسَ فِي الْمُخْتَصَرِ»[٣]: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ إِذَا نَاهَزَ الِاحْتِلَامَ[٤].

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ[٥] إِذَا هُوَ أَطَاقَ صِيَامَ رَمَضَانَ.

وَقَالَ عَطَاءٌ[٦]: إِذَا بَلَغَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً جَازَ طَلَاقُهُ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ[٧] رضي الله عنه.

١٧٣٠ وَأَمَّا طَلَاقُ السَّكْرَانِ:

فَالْجُمْهُورُ مِنَ الْفُقَهَاءِ عَلَى وُقُوعِهِ[٨]

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَقَعُ، مِنْهُمُ الْمُزَنِيُّ[٩] وَبَعْضُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ[١٠].

---

(١) تقدم.

(٢) ينظر: «المدونة» (٢/ ٧٩)، «مواهب الجليل» (٣/ ٥٤٣).

(٣) صاحبه الإمام ابن شعبان المالكي، محمد بن القاسم بن شعبان، المتوفى سنة ٣٥٥هـ. «الديباج»، لابن فرحون (٢/ ١٩٤).

(٤) ينظر: «تحبير المختصر»، للتاج الدميري المالكي (٣/ ١٦٩).

(٥) «الشرح الكبير على متن المقنع» (٨/ ٢٤٧)، «الإنصاف» (٨/ ٤٣٢).

(٦) ذكره عنه في «التبصرة» (٦/ ٢٦٧١). (٧) «التبصرة» (٦/ ٢٦٧١).

(٨) «الهداية» (١/ ٢٣٠)، «تبيين الحقائق» وحاشية الشلبي (٢/ ١٩٤).
«الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٧١)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٦٥).
«حاشية البجيرمي على الخطيب» (٣/ ٤٨٩)، «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٤/ ٣٢٢).
«الشرح الكبير على متن المقنع» (٨/ ٢٣٨)، «الإنصاف» (٨/ ٤٣٣).

(٩) «مختصر المزني» (٨/ ٣٠٦).

(١٠) هو قول الطحاوي، والكَرْخي. كما في «الهداية»، للمرغيناني (١/ ٢٣٠).

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَجْنُونِ أَمْ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ؟

فَمَنْ قَالَ هُوَ وَالْمَجْنُونُ سَوَاءٌ، إِذْ كَانَ كِلَاهُمَا فَاقِدًا لِلْعَقْلِ؛ وَمِنْ شَرْطِ التَّكْلِيفِ الْعَقْلُ قَالَ: لَا يَقَعُ.

وَمَنْ قَالَ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ السَّكْرَانَ أَدْخَلَ الْفَسَادَ عَلَى عَقْلِهِ بِإِرَادَتِهِ، وَالْمَجْنُونَ بِخِلَافِ ذَلِكَ، أَلْزَمَ السَّكْرَانَ الطَّلَاقَ، وَذَلِكَ مِنْ بَابِ التَّغْلِيظِ عَلَيْهِ[١].

[١٧٣٠/...] وَاخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِيمَا يَلْزَمُ السَّكْرَانَ بِالْجُمْلَةِ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَمَا لَا يَلْزَمُهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ وَالْقَوَدُ مِنَ الْجِرَاحِ وَالْقَتْلِ، وَلَمْ يُلْزِمْهُ النِّكَاحَ وَلَا الْبَيْعَ.

وَأَلْزَمَهُ أَبُو حَنِيفَةَ كُلَّ شَيْءٍ[٣].

وَقَالَ اللَّيْثُ[٤]: كُلُّ مَا جَاءَ مِنْ مَنْطِقِ السَّكْرَانِ فَمَوْضُوعٌ عَنْهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ وَلَا عِتْقٌ وَلَا نِكَاحٌ وَلَا بَيْعٌ وَلَا حَدٌّ فِي قَذْفٍ، وَكُلُّ مَا جَنَتْهُ جَوَارِحُهُ فَلَازِمٌ لَهُ، فَيُحَدُّ فِي الشُّرْبِ وَالْقَتْلِ وَالزِّنَى وَالسَّرِقَةِ.

وَثَبَتَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رضي الله عنه أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى طَلَاقَ السَّكْرَانِ[٥].

وَزَعَمَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ[٦] أَنَّهُ لَا مُخَالِفَ لِعُثْمَانَ فِي ذَلِكَ مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَقَوْلُ مَنْ قَالَ: إِنَّ كُلَّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ - لَيْسَ نَصًّا فِي إِلْزَامِ السَّكْرَانِ الطَّلَاقَ؛ لِأَنَّ السَّكْرَانَ مَعْتُوهٌ مَا.

---

(١) «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ١٧٦).

(٢) «البيان والتحصيل»، لابن رشد الجد (٤/ ٢٥٩).

(٣) «الجوهرة النيرة»، للحدادي (٢/ ٣٨).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٠٨).

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٩/ ٥٥٦)، عن أبان بن عثمان، عن عثمان، كان لا يجيز طلاق السكران والمجنون.

(٦) «الأوسط» (٩/ ٢٥١).

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ، وَأَبُو ثَوْرٍ[١]، وَإِسْحَاقُ[٢] وَجَمَاعَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ[٣] - أَعْنِي: أَنَّ طَلَاقَهُ لَيْسَ يَلْزَمُ.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ الْقَوْلَانِ[٤] فِي ذَلِكَ، وَاخْتَارَ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ قَوْلَهُ الْمُوَافِقَ لِلْجُمْهُورِ[٥].

وَاخْتَارَ الْمُزَنِيُّ[٦] مِنْ أَصْحَابِهِ: أَنَّ طَلَاقَهُ غَيْرُ وَاقِعٍ.

١٧٣١ وَأَمَّا الْمَرِيضُ الَّذِي يُطَلِّقُ طَلَاقًا بَائِنًا، وَيَمُوتُ مِنْ مَرَضِهِ:

فَإِنَّ مَالِكًا[٧] وَجَمَاعَةً[٨] يَقُولُ: تَرِثُهُ زَوْجَتُهُ.

وَالشَّافِعِيُّ[٩] وَجَمَاعَةٌ[١٠] لَا يُوَرِّثُهَا.

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢٠٧).

(٢) «مسائل أحمد وإسحاق بن راهويه»، للكوسج (٤/ ١٥٨٦).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٠٧).

(٤) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٣٦).

(٥) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٣٦).

(٦) تقدم.

(٧) قال ابن عبد البر: «كل مريض مثبت المرض طلق امرأته في مرضه، ثم مات من ذلك المرض: ورثته امرأته عند مالك وجمهور أهل المدينة، وعليه أكثر أهل العلم؛ اتباعًا لعثمان في توريث امرأة عبد الرحمٰن بن عوف ﷺ، وسواء عند مالك طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا». «الكافي» (٢/ ٥٨٤).
قال المرغيناني: «وإذ طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا فمات وهي في العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها».
«الهداية»، للمرغيناني (٢/ ٣)، «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٤٣٩).
قال النووي: «ولو طلقها في مرض موته طلاقًا بائنًا، ففي كونه قاطعًا للميراث **قولان**:
الجديد: يقطع وهو الأظهر.
والقديم: لا يقطع».
«روضة الطالبين» (٨/ ٧٢). وينظر: «العزيز شرح الوجيز»، للرافعي (٨/ ٥٨٣).
«الهداية» الكلوذاني (ص٦٣٣)، «المغني» (٦/ ٣٩٥).

(٨) مثل الليث وربيعة. «الاستذكار» (٦/ ١١٤).

(٩) «روضة الطالبين»، للنووي (٨/ ٧٢)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٨٦).

(١٠) **قالوا: بأنها ترثه في العدة فقط**، وهم زفر والحسن بن حَيّ. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١١٤).

[١٧٣١/أ] وَالَّذِينَ قَالُوا بِتَوْرِيثِهَا انْقَسَمُوا ثَلَاثَ فِرَقٍ:

فَفِرْقَةٌ قَالَتْ: لَهَا الْمِيرَاثُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَأَصْحَابُهُ وَالثَّوْرِيُّ(٢).

وَقَالَ قَوْمٌ: لَهَا الْمِيرَاثُ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا أَحْمَدُ(٣)، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(٤).

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلْ تَرِثُ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لَمْ تَكُنْ، تَزَوَّجَتْ أَمْ لَمْ تَتَزَوَّجْ.

وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ(٥)، وَاللَّيْثِ(٦).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي وُجُوبِ الْعَمَلِ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ.

وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْمَرِيضُ يُتَّهَمُ فِي أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا طَلَّقَ فِي مَرَضِهِ زَوْجَتَهُ لِيَقْطَعَ حَظَّهَا مِنَ الْمِيرَاثِ.

فَمَنْ قَالَ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ: أَوْجَبَ مِيرَاثَهَا.

وَمَنْ لَمْ يَقُلْ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ، وَلَحَظَ وُجُوبَ الطَّلَاقِ: لَمْ يُوجِبْ لَهَا مِيرَاثًا.

وَذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ الطَّائِفَةَ تَقُولُ: إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ قَدْ وَقَعَ، فَيَجِبُ أَنْ يَقَعَ بِجَمِيعِ أَحْكَامِهِ، لِأَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ لَا يَرِثُهَا إِنْ مَاتَتْ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقَعْ فَالزَّوْجِيَّةُ بَاقِيَةٌ بِجَمِيعِ أَحْكَامِهَا.

[١٧٣١/ب] وَلَا بُدَّ لِخُصُومِهِمْ مِنْ أَحَدِ الْجَوَابَيْنِ، لِأَنَّهُ يَعْسُرُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ فِي الشَّرْعِ نَوْعًا مِنَ الطَّلَاقِ تُوجَدُ لَهُ بَعْضُ أَحْكَامِ الطَّلَاقِ وَبَعْضُ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ!

---

(١) «الهداية»، للمرغيناني (٢/ ٣)، «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٤٣٩).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ١١٤).

(٣) قال ابن قدامة: «فالمشهور عن أحمد: أنها ترثه في العدة، وبعدها ما لم تتزوج». «المغني» (٦/ ٣٩٥).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ١١٤).

(٥) «الكافي» (٢/ ٥٨٤).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ١١٤).

وَأَعْسَرُ مِنْ ذَلِكَ الْقَوْلُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَصِحَّ أَوْ لَا يَصِحَّ، لِأَنَّ هَذَا يَكُونُ طَلَاقًا مَوْقُوفَ الْحُكْمِ إِلَى أَنْ يَصِحَّ أَوْ لَا يَصِحَّ!

وَهَذَا كُلُّهُ مِمَّا يَعْسُرُ الْقَوْلُ بِهِ فِي الشَّرْعِ.

وَلَكِنْ إِنَّمَا أَنِسَ الْقَائِلُونَ بِهِ: أَنَّهُ فَتْوَى عُثْمَانَ[1] وَعُمَرَ[2]، حَتَّى زَعَمَتِ الْمَالِكِيَّةُ أَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ[3].

وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِمْ؛ فَإِنَّ الْخِلَافَ فِيهِ عَنِ ابْنِ الزُّبَيْرِ مَشْهُورٌ[4].

وَأَمَّا مَنْ رَأَى أَنَّهَا تَرِثُ فِي الْعِدَّةِ، فَلِأَنَّ الْعِدَّةَ عِنْدَهُ مِنْ بَعْضِ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَأَنَّهُ شَبَّهَهَا بِالْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَرُوِيَ هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عُمَرَ[5]، وَعَنْ عَائِشَةَ[6].

وَأَمَّا مَنِ اشْتَرَطَ فِي تَوْرِيثِهَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ:

فَإِنَّهُ لَحَظَ فِي ذَلِكَ إِجْمَاعَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ الْوَاحِدَةَ لَا تَرِثُ زَوْجَيْنِ، ولكنِ التُّهْمَةِ هِيَ الْعِلَّةُ عِنْدَ الَّذِينَ أَوْجَبُوا الْمِيرَاثَ[7].

١٧٣٢ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا طَلَبَتْ هِيَ الطَّلَاقَ، أَوْ مَلَّكَهَا أَمْرَهَا الزَّوْجُ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا:

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ١١٣).

(٢) روى عبد الرزاق (٧/ ٦٣): عن عمر بن الخطاب قال: «إذا طلقها مريضًا ورثتها، ما كانت في العدة، ولا يرثها».

(٣) ذكر هذا الإجماع: القاضي عبد الوهاب المالكي «الإشراف» (٢/ ٧٥٠، ٧٥١)، وابن عبد البر. «الاستذكار» (٦/ ١١٣).

(٤) رواه عبد الرزاق (٧/ ٦١) عن ابن الزبير، أنه قال: «وأما أنا، فلا أرى أن ترث المبتوتة».
وانظر: «الاستذكار» (٦/ ١١٣).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ١١١).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ١١١).

(٧) «الاستذكار» (٦/ ١١٣).

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): لَا تَرِثُ أَصْلًا.

وَفَرَّقَ الْأَوْزَاعِيُّ(٢) بَيْنَ التَّمْلِيكِ وَالطَّلَاقِ، فَقَالَ: لَيْسَ لَهَا المِيرَاثُ فِي التَّمْلِيكِ، وَلَهَا فِي الطَّلَاقِ.

وَسَوَّى مَالِكٌ(٣) فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، حَتَّى لَقَدْ قَالَ: إِنْ مَاتَتْ لَا يَرِثُهَا، وَتَرِثُهُ هِيَ إِنْ مَاتَ.

وَهَذَا مُخَالِفٌ لِلْأُصُولِ جِدًّا.

[الْبَابُ الثَّالِثُ:
فِيمَنْ يَتَعَلَّقُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ النِّسَاءِ وَمَنْ لَا يَتَعَلَّقُ]

وَأَمَّا مَنْ يَقَعُ طَلَاقُهُ مِنَ النِّسَاءِ:

١٧٣٣ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَى النِّسَاءِ اللَّاتِي فِي عِصْمَةِ أَزْوَاجِهِنَّ(٤)،

---

(١) «البحر الرائق» (٤/ ٤٧)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٤٧).
«روضة الطالبين»، للنووي (٨/ ٧٣).
«الشرح الكبير على متن المقنع» (٧/ ١٨٠)، «الإنصاف» (٧/ ٣٥٤).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ١١٦).

(٣) قال الخرشي: «الشخص إذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه، فإن الرجل لا يرثها. ولو طلقها مريضة؛ لأنه الذي أسقط ما كان بيده. ولو مات الرجل: فإن المرأة ترثه؛ لأنه فارٌّ بطلاقها حينئذٍ من الإرث؛ كانت مدخولًا بها أم لا؛ انقضت عدتها وتزوجت أم لا؟». «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٨).

(٤) قال الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى المرأة، فمنها الملك أو علقة من علائقه؛ فلا يصح الطلاق إلا في الملك أو في علقة من علائق الملك، وهي عدة الطلاق أو مضافًا إلى الملك». «بدائع الصنائع» (٣/ ١٢٦).
قال ابن بَزيزة: «اتفق المذهب على أن من قال لأجنبية: أنت طالق ولا يريد إن تزوجتك فلا شيء عليه». «روضة المستبين» (٢/ ٨١٩).
قال الرافعي: «قال الغزالي: (الركن الخامس): الولاية على المحل، فإذا قال لأجنبية: أنت طالق لم يقع ولم ينقص العدد، ولو قال للرجعية وقع، ولو قال للمختلعة لم يقع، ولو قال لأجنبية: إن نكحتك فأنت طالق لم يقع». «العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٥٧٤).
=

أَوْ قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَدُهُنَّ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ[١][٢]، وَأَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَى الْأَجْنَبِيَّاتِ ـ أَعْنِي: الطَّلَاقَ الْمُعَلَّقَ[٣].

١٧٣٤ وَأَمَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ عَلَى الْأَجْنَبِيَّاتِ بِشَرْط للتَّزْوِيجِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ نَكَحْتُ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ:

فَإِنَّ لِلْعُلَمَاءِ فِي ذَلِكَ **ثَلَاثَةَ مَذَاهِبَ**:

قَوْلٌ: إِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَعَلَّقُ بِأَجْنَبِيَّةٍ أَصْلًا، عَمَّ الْمُطَلِّقُ أَوْ خَصَّ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[٤]، وَأَحْمَدَ[٥]، وَدَاوُدَ[٦]، وَجَمَاعَةٍ[٧].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِشَرْطِ التَّزْوِيجِ، عَمَّ الْمُطَلِّقُ جَمِيعَ النِّسَاءِ أَوْ خَصَّصَ،

= قال ابن قدامة: «فلو قال: إذا تزوجت فلانة، أو امرأة، فهي طالق، ثم تزوجها لم تطلق، للخبر؛ ولأنه حل لقيد النكاح قبله، فلم يصح». «الكافي في فقه الإمام أحمد» (٣/ ١٠٩).

(١) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٨).

(٢) قال ابن نُجَيم: «المعتدة بعدة الطلاق يلحقها طلاق آخر في العدة». «البحر الرائق» (٣/ ١٢٩)، وينظر: «المحيط البرهاني»، لابن مازة (٣/ ٤٦٤).
قال الخرشي: «الرجعية كالزوجة، فإذا طلقها طلاقًا رجعيًّا ثم قبل انقضاء العدة راجعها وطلقها أو مات عنها؛ فإنها تستأنف العدة من يوم الطلاق الثاني». «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٧٣).
«أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٦).
«كشاف القناع»، للبهوتي (٥/ ٤٦٤).

(٣) حكى الإجماع على ذلك: البغوي فِي «شرح السُّنَّة» (٥/ ١٤٦)، وابن قدامة في «المغني» (١٣/ ٤٩٠).

(٤) قال الهيتمي: «قوله: لأجنبية إن دخلت فأنت طالق فتزوجها ثم دخلت لغو؛ إجماعًا في المنجز». «تحفة المحتاج» (٨/ ٤٢)، وينظر: «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٥٠).

(٥) قال البُهُوتي: «(ولا يصح) تعليق طلاق (إلا من زوج) يصح تنجيزه منه حين التعليق. (ف) من قال (إن تزوجت) امرأة فهي طالق لم يقع عليه إن تزوج».
«شرح منتهى الإرادات»، للبهوتي (٣/ ١١٢)، وينظر: «مطالب أولي النهى» (٥/ ٣٩٩).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ١٨٨).

(٧) مثل شُرَيح، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وطاووس. «الأوسط» (٩/ ٢٣١).

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[١] وَجَمَاعَةٍ[٢].

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ عَمَّ جَمِيعَ النِّسَاءِ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ خَصَّصَ لَزِمَهُ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ[٣].

أَعْنِي: مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ أَوْ مِنْ بَلَدِ كَذَا فَهِيَ طَالِقٌ، وَكَذَلِكَ فِي وَقْتِ كَذَا، فَإِنَّ هَؤُلَاءِ يُطَلَّقْنَ عِنْدَ مَالِكٍ إِذَا زُوِّجْنَ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ مِنْ شَرْطِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ وُجُودُ الْمِلْكِ مُتَقَدِّمًا بِالزَّمَانِ عَلَى الطَّلَاقِ أَمْ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ؟

فَمَنْ قَالَ: هُوَ مِنْ شَرْطِهِ ـ قَالَ: لَا يَتَعَلَّقُ الطَّلَاقُ بِالْأَجْنَبِيَّةِ.

وَمَنْ قَالَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ إِلَّا وُجُودُ الْمِلْكِ فَقَطْ ـ قَالَ: يَقَعُ بِالْأَجْنَبِيَّةِ.

وَأَمَّا الْفَرْقُ بَيْنَ التَّعْمِيمِ وَالتَّخْصِيصِ:

فَاسْتِحْسَانٌ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَصْلَحَةِ.

---

(١) قال الشلبي: «واعلم أن تعليق الطلاق بالملك أو بسبب الملك يصح عندنا. والتعليق بالملك كقوله: إن ملكتك فأنت طالق، والتعليق بسبب الملك كقوله: إن تزوجتك فأنت طالق».

«حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٢/ ٢٣١).

(٢) «الأوسط» (٩/ ٢٣١).

(٣) قال الخرشي: «إذا قال لامرأة أجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، كذلك يلزمه الطلاق إذا قال: كل امرأة أتزوجها من الجنس الفلاني، وذلك الجنس المعلق عليه الطلاق بالنسبة إلى ما أبقى قليل، كقوله: كل امرأة أتزوجها من السودان أو من الروم أو من مصر طالق، وكذلك يلزمه الطلاق إذا قال: كل امرأة أتزوجها إلى سنة ـ أو إلى أجل يعيش لمثله ـ طالق؛ فإنه يلزمه، وذلك يختلف باختلاف الحالف شبابًا وكهولةً وشيوخةً». «شرح مختصر خليل» (٤/ ٣٨).

وينظر: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٢/ ٣٧٢).

وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا عَمَّمَ فَأَوْجَبْنَا عَلَيْهِ التَّعْمِيمَ: لَمْ يَجِدْ سَبِيلًا إِلَى النِّكَاحِ الْحَلَالِ، فَكَانَ ذَلِكَ عَنَتًا بِهِ وَحَرَجًا، وَكَأَنَّهُ مِنْ بَابِ نَذْرِ الْمَعْصِيَةِ.

وَأَمَّا إِذَا خَصَّصَ: فَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ إِذَا أَلْزَمْنَاهُ الطَّلَاقَ.

وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِحَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ـ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ـ: «**لَا طَلَاقَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ نِكَاحٍ**».

وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: «**لَا طَلَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ، وَلَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**»(١).

وَثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَمُعَاذٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَعَائِشَةَ(٢).

وَرُوِيَ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ(٣).

وَضَعَّفَ قَوْمٌ الرِّوَايَةَ بِذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ(٤).

[الْجُمْلَةُ الثَّالِثَةُ: فِي الرَّجْعَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ]

الْجُمْلَةُ الثَّالِثَةُ: فِي الرَّجْعَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ.

لَمَّا كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

بَائِنٍ، وَرَجْعِيٍّ؛ وَكَانَتْ أَحْكَامُ الرَّجْعَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ غَيْرَ أَحْكَامِ الرَّجْعَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا الْجِنْسِ بَابَانِ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَحْكَامِ الرَّجْعَةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ الِارْتِجَاعِ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ.

---

(١) أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وقال: حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب؛ وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٢) «الاستذكار» (٦/ ١٨٨).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ١٨٥).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ١٨٨).

الْبَابُ الْأَوَّلُ:
فِي أَحْكَامِ الرَّجْعَةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ

١٧٣٥ وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ رَجْعَةَ الزَّوْجَةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ رِضَاهَا(١)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وَأَنَّ مِنْ شَرْطِ هَذَا الطَّلَاقِ تَقَدُّمَ الْمَسِيسِ لَهُ، وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهَا تَكُونُ بِالْقَوْلِ وَالْإِشْهَادِ(٢).

١٧٣٦ وَاخْتَلَفُوا: هَلِ الْإِشْهَادُ شَرْطٌ فِي صِحَّتِهَا أَمْ لَيْسَ بِشَرْطٍ؟

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا هَلْ تَصِحُّ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ؟

[١٧٣٦/أ] فَأَمَّا الْإِشْهَادُ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ(٣) إِلَى أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهُ وَاجِبٌ(٤).

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٧٥)، وفي «الإقناع» (١/ ٣٢٩)، وابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٠)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٠/ ٦٣)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٥٣)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٢٢).
قال المروزي في «اختلاف العلماء» (ص١٢٩): «أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا أراد أن يطلق امرأته للسنَّة ـ وهي ممن تحيض ـ أنه إن أمهلها حتى تطهر من حيضها، ثم طلقها من قبل أن يجامعها ـ واحدة ـ ثم تركها حتى تنقضي عدتها، ولم يطلقها غير تلك التطليقة، أنه مصيب للسنة، وهو أملك برجعتها ما دامت في العدة، فإذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب».

(٢) «الهداية»، للمرغيناني (٢/ ٢٥٤)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥١).
«مواهب الجليل» (٢/ ٦١٧)، «المختصر الفقهي» (٤/ ٢٩٠).
«مغني المحتاج» (٣/ ٣٣٦)، «نهاية المحتاج» (٧/ ٥٨).
«شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٤٨)، «مطالب أولي النهى» (٥/ ٤٧٨).

(٣) قال الخِرَشي: (وندب الإشهاد).
المشهور أنَّ الإشهاد على الرجعة مستحب لا واجب، كما قيل».
«شرح مختصر خليل» (٤/ ٨٧). وينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤١١).

(٤) قال الشِّرْبيني: «(والجديد) وعبَّر في «الروضة» بالأظهر: (أنه لا يشترط) في الرجعة (الإشهاد) بها؛ لأنها في حكم استدامة النكاح السابق، ولذلك لا يحتاج إلى الولي ورضا =

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلظَّاهِرِ.

وَذَلِكَ أَنَّ ظَاهِرَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، يَقْتَضِي الْوُجُوبَ.

وَتَشْبِيهُ هَذَا الْحَقِّ بِسَائِرِ الْحُقُوقِ الَّتِي يَقْبِضُهَا الْإِنْسَانُ، يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجِبَ الْإِشْهَادُ، فَكَانَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْقِيَاسِ وَالْآيَةِ حَمْلَ الْآيَةِ عَلَى النَّدْبِ.

[١٧٣٦/ب] وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِيمَا تَكُونُ بِهِ الرَّجْعَةُ، فَإِنَّ قَوْمًا قَالُوا: لَا تَكُونُ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ فَقَطْ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١).

وَقَوْمٌ قَالُوا: تَكُونُ رَجْعَتُهَا بِالْوَطْءِ.

وَهَؤُلَاءِ انْقَسَمُوا قِسْمَيْنِ:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ إِلَّا إِذَا نَوَى بِذَلِكَ الرَّجْعَةَ، لِأَنَّ الْفِعْلَ عِنْدَهُ يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْقَوْلِ مَعَ النِّيَّةِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ(٢).

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(٣) فَأَجَازَ الرَّجْعَةَ بِالْوَطْءِ إِذَا نَوَى بِذَلِكَ الرَّجْعَةَ وَدُونَ النِّيَّةِ.

= المرأة. والقديم المنصوص عليه في الجديد: أنه يشترط، لا لكونها بمنزلة ابتداء النكاح». «مغني المحتاج» (٥/ ٥). وينظر: «المجموع»، للنووي (١٧/ ٢٦٩).

(١) ينظر: «منهاج الطالبين» (ص١١١)، «مغني المحتاج» (٥/ ٤).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٣٢)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٨).

(٣) قال المرغيناني: «والرجعة: أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي؛ وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة..... أو يطأها أو يقبِّلها أو يلمسها بشهوة أو بنظر إلى فرجها بشهوة. وهذا عندنا». «الهداية» (٢/ ٢٥٤)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥١).
قال البُهُوتي: «(وتحصل الرجعة بوطئها بلا إشهاد نوى الرجعة به أو لم ينو) به الرجعة، لأنَّ الطلاق سبب زوال الملك، وقد انعقد مع الخيار والوطء من المالك يمنع زواله كوطء البائع في مدة الخيار، وكما ينقطع به التوكيل من طلاقها (ولا تحصل) رجعتها (بمباشرتها من القبلة واللمس والنظر إلى فرجها بشهوة أو غيرها ولا بالخلوة بها والحديث معها)؛ لأن ذلك كله ليس في معنى الوطء، إذ الوطء يدل على ارتجاعها». «كشاف القناع» (٥/ ٣٤٣). وينظر: «الإنصاف» (٩/ ١٥٣).

أَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَقَاسَ الرَّجْعَةَ عَلَى النِّكَاحِ، وَقَالَ: قَدْ أَمَرَ اللهُ بِالْإِشْهَادِ، وَلَا يَكُونُ الْإِشْهَادُ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ(١).

وَأَمَّا سَبَبُ الِاخْتِلَافِ بَيْنَ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ:

فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَرَى أَنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُحَلَّلَةُ الْوَطْءِ عِنْدَهُ قِيَاسًا عَلَى الْمُولَى مِنْهَا وَعَلَى الْمُظَاهَرَةِ.

وَلِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَنْفَصِلْ عِنْدَهُ، وَلِذَلِكَ كَانَ التَّوَارُثُ بَيْنَهُمَا.

وَعِنْدَ مَالِكٍ أَنَّ وَطْءَ الرَّجْعِيَّةِ حَرَامٌ حَتَّى يَرْتَجِعَهَا، فَلَا بُدَّ عِنْدَهُ مِنَ النِّيَّةِ.

فَهَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِي شُرُوطِ صِحَّةِ الرَّجْعَةِ.

١٧٣٧ وَاخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِ مَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَطَّلِعَ عَلَيْهِ مِنَ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): لَا يَخْلُو مَعَهَا وَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى شَعْرِهَا، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ مَعَهَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا غَيْرُهُمَا.

وَحَكَى ابْنُ الْقَاسِمِ: أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِبَاحَةِ الْأَكْلِ مَعَهَا(٣)

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): لَا بَأْسَ أَنْ تَتَزَيَّنَ الرَّجْعِيَّةُ لِزَوْجِهَا، وَتَتَطَيَّبَ لَهُ وَتَتَشَوَّفَ وَتُبْدِيَ الْبَنَانَ وَالْكُحْلَ.

---

(١) «نهاية المحتاج» (٨/ ١٤٧): «مغني المحتاج» (٥/ ٤).

(٢) قال الخِرَشي: «(ص) والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع بها والدخول عليها والأكل معها. (ش) الكلام الآن على أحكام المرتجعة، والمعنى أنَّ الرجعية حكمها حكم الزوجة في وجوب النفقة والكسوة والموارثة بينهما وغير ذلك؛ إلا في تحريم الاستمتاع بها قبل المراجعة بنظرة أو غيرها من رؤية شعر واختلاء بها». «شرح مختصر خليل» (٤/ ٨٥). وينظر: «منح الجليل» (٤/ ١٨٩ ـ ١٩٠).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ١٦١).

(٤) قال المرغيناني: «والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين؛ لأنها حلالٌ للزوج إذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها؛ فيكون مشروعًا. «الهداية» (٢/ ٢٥٧)، وينظر: «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٦).

وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَالْأَوْزَاعِيُّ(١)، وَكُلُّهُمْ قَالُوا: لَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ تَعْلَمَ بِدُخُولِهِ بِقَوْلٍ أَوْ حَرَكَةٍ مِنْ تَنَحْنُحٍ أَوْ خَفْقِ نَعْلٍ(٢).

١٧٣٨ **وَاخْتَلَفُوا** فِي هَذَا الْبَابِ فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ زَوْجَتَهُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً وَهُوَ غَائِبٌ، ثُمَّ يُرَاجِعُهَا، فَيَبْلُغُهَا الطَّلَاقُ، وَلَا تَبْلُغُهَا الرَّجْعَةُ، فَتَتَزَوَّجُ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا:

فَذَهَبَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهَا لِلَّذِي عَقَدَ عَلَيْهَا النِّكَاحَ، دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، هَذَا قَوْلُهُ فِي الْمُوَطَّإِ(٣).

وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَاللَّيْثُ(٤)

وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَأَنَّهُ قَالَ: الْأَوَّلُ أَوْلَى بِهَا إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الثَّانِي.

وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَالَ الْمَدَنِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِهِ(٥) قَالُوا: وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي «مُوَطَّئِهِ» إِلَى يَوْمِ مَاتَ وَهُوَ يُقْرَأُ عَلَيْهِ(٦)، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَرَوَاهُ عَنْهُ مَالِكٌ فِي «الْمُوَطَّإِ»(٧).

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ١٦١).

(٢) قال الزيلعي: «(وندب أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها)؛ أي: يعلمها بخفق النعل أو التنحنح ونحو ذلك. معناه: إذا لم يكن من قصده أن يراجعها، فيخاف أن يقع بصره على موضع يصير به مراجعًا فيحتاج إلى طلاقها، فتطول عليها العدة، فيلزمها الضرر بذلك». «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٦)، وينظر: «الهداية»، للمرغيناني (٢/ ٢٥٧).
قال الخِرَشي: «ولا يدخل عليها، ولو كان معها من يحفظها، ولا يأكل معها، ولو كانت نيته رجعتها حتى يراجعها». «شرح مختصر خليل» (٤/ ٨٥). وينظر: «منح الجليل» (٤/ ١٨٩ ـ ١٩٠).

(٣) «الموطأ» (٤/ ٨٢٨).

(٤) «الاستذكار» (١٧/ ٣١٦).

(٥) «الاستذكار» (١٧/ ٣١٣).

(٦) أشار ابن عبد البر إلى ذلك، وأن هذا القول في جميع روايات «الموطأ»، بما فيها رواية يحيى؛ وهو من آخر أصحاب مالك. «الاستذكار» (١٧/ ٣١٣).

(٧) في «الموطأ» (٤/ ٢٨٩).

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ(١)، وَالْكُوفِيُّونَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢) وَغَيْرُهُمْ، فَقَالُوا: زَوْجُهَا الْأَوَّلُ الَّذِي ارْتَجَعَهَا أَحَقُّ بِهَا دَخَلَ بِهَا الثَّانِي أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ(٣) وَهُوَ الْأَبْيَنُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: إِنَّ الزَّوْجَ الَّذِي ارْتَجَعَهَا مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ امْرَأَتَهُ أَوْ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِمَا كَانَ أَصْدَقَهَا(٤).

وَحُجَّةُ مَالِكٍ فِي الرِّوَايَةِ الْأُولَى: مَا رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ يُونُسَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّهُ قَالَ: مَضَتِ السُّنَّةُ فِي الَّذِي يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يُرَاجِعُهَا، فَيَكْتُمُهَا رَجْعَتَهَا، حَتَّى تَحِلَّ فَتَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِنْ أَمْرِهَا شَيْءٌ، وَلَكِنَّهَا لِمَنْ تَزَوَّجَهَا(٥).

وَقَدْ قِيلَ: إِن هَذَا الْحَدِيثَ إِنَّمَا يُرْوَى عَنِ ابْنِ شِهَابٍ فَقَطْ(٦).

وَحُجَّةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

أَنَّ الْعُلَمَاءَ قَدْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الرَّجْعَةَ صَحِيحَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهَا الْمَرْأَةُ(٧)، بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ قَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْأَوَّلَ أَحَقُّ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَإِذَا

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣١٥).
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨١).
(٣) «الاستذكار» (١٧/ ٣١٧).
(٤) «الاستذكار» (١٧/ ٣١٤).
(٥) «الاستذكار» (٦/ ١٣٧).
(٦) «الاستذكار» (٦/ ١٧٣).
(٧) حكى الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٥٠).
وذهب ابن حزم إلى وجوب إعلام المرأة، أو أهلها بالرجعة قبل أن تتم عدتها.
• دليل هذا القول: قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].
• وجه الدلالة: إنما يكون الزوج أحق برد المرأة إن أراد الإصلاح، ومن كتمها الرد، أو ردها بحيث لا يبلغها، فلم يرد إصلاحًا بلا شك، بل أراد الإفساد، فليس ردًّا ولا رجعة أصلًا.
الرجعة هي الإمساك، ولا تكون إلا بمعروف، والمعروف هو إعلامها، وإعلام أهلها؛ فإن لم يعلمها، لم يمسك بمعروف، ولكن بمنكر؛ إذ منعها حقوق الزوجية: =

كَانَتِ الرَّجْعَةُ صَحِيحَةً كَانَ زَوَاجُ الثَّانِي فَاسِدًا[١]، فَإِنَّ نِكَاحَ الْغَيْرِ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي إِبْطَالِ الرَّجْعَةِ لَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَا بَعْدَ الدُّخُولِ.

[١٧٣٨/...] وَهُوَ الْأَظْهَرُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَيَشْهَدُ لِهَذَا: مَا خَرَّجَهُ التِّرْمِذِيُّ، عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا اثْنَانِ فَهِيَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا، وَمَنْ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا**»[٢].

الْبَابُ الثَّانِي:
فِي أَحْكَامِ الِارْتِجَاعِ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ]:

١٧٣٩ وَالطَّلَاقُ الْبَائِنُ:

(أ) إِمَّا بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ:

[١٧٣٩/أ] فَذَلِكَ يَقَعُ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا بِلَا خِلَافٍ[٣].

[١٧٣٩/ب] وَفِي الْمُخْتَلِعَةِ بِاخْتِلَافٍ[٤].

= من النفقة، والكسوة، والإسكان، فهو إمساك فاسد ما لم يُعلمها، فحينئذٍ تكون الرجعة بمعروف.
«المحلى» (١٠/ ١٧).

(١) حكى الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٧٤)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ١٠٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٨) (٢/ ٢٣٠)، والترمذي (١١١٢) (٢/ ٣٥٩)، والنسائي (٤٦٨٢) (٧/ ٢٢٤).
قال الترمذي: هذا حديث حسن.
وقال ابن حَجَر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٦٥): صححه أبو زرعة، وأبو حاتم.

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ١٨٧).

(٤) مذهب الجمهور: أنه تقع به البينونة الصغرى.
«الهداية»، للمرغيناني (٢/ ٢٦١)، «البناية» (٥/ ٥٠٨).
«الفواكه الدواني» (٢/ ٣٤)، «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٨٦).
«نهاية المحتاج» (٦/ ٣٩٥)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٣١).
«الإنصاف» (٨/ ٣٩٢)، «الإقناع»، للحَجَّاوي (٣/ ٢٥٤).

[١٧٣٩/ج] وَهَلْ يَقَعُ أَيْضًا دُونَ عِوَضٍ؟

فِيهِ خِلَافٌ[١].

[١٧٣٩/د] وَحُكْمُ الرَّجْعَةِ بَعْدَ هَذَا الطَّلَاقِ حُكْمُ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ - أَعْنِي: فِي اشْتِرَاطِ الصَّدَاقِ وَالْوَلِيِّ وَالرِّضَا - إِلَّا أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ.

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: الْمُخْتَلِعَةُ لَا يَتَزَوَّجُهَا زَوْجُهَا فِي الْعِدَّةِ وَلَا غَيْرُهُ[٢].

وَهَؤُلَاءِ كَأَنَّهُمْ رَأَوْا مَنْعَ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ عِبَادَةً.

(ب) وَأَمَّا الْبَائِنَةُ بِالثَّلَاثِ:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ كُلَّهُمْ عَلَى أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ إِلَّا بَعْدَ الْوَطْءِ[٣]، لِحَدِيثِ رَفَاعَةَ بْنِ سَمَوْءَلٍ: «أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَمِيمَةَ بِنْتَ وَهْبٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ثَلَاثًا، فَنَكَحَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ[٤]، فَاعْتَرَضَ عَنْهَا فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا فَفَارَقَهَا، فَأَرَادَ رِفَاعَةُ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ أَنْ يَنْكِحَهَا، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ فَنَهَاهُ عَنْ تَزْوِيجِهَا وَقَالَ: **لَا تَحِلُّ لَكَ حَتَّى تَذُوقَ الْعُسَيْلَةَ**»[٥].

---

(١) «مختصر القدوري» (ص١١٧)، «البناية» (٥/ ٥١٥).
وينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٥١)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٧٧ - ٢٧٨).
«مغني المحتاج» (٤/ ٤٤٣)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٠٩).
«الإقناع»، للحجاوي (٣/ ٢٥٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٦١).

(٢) نسبه ابن عبد البر لطائفة من المتأخرين دون أن يسمِّيهم. «الاستذكار» (٦/ ٨٣).

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦٥)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٨)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٢٠٤)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٣٠)، وابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٥٤٨)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٣٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٨٢).

(٤) بتشديد الزاي وفتحها، وكسر الباء.

(٥) رواه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣).

وَشَذَّ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ(١)، فَقَالَ: إِنَّهُ جَائِزٌ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وَالنِّكَاحُ يَنْطَلِقُ عَلَى الْعَقْدِ.

١٧٤٠ وَكُلُّهُمْ قَالَ: الْتِقَاءُ الْخِتَانَيْنِ يُحِلُّهَا، إِلَّا الْحَسَنَ الْبَصْرِيَّ(٢)، فَقَالَ: لَا تَحِلُّ إِلَّا بِوَطْءٍ بِإِنْزَالٍ.

[١٧٤٠/...] وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ(٣) عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَيُفْسِدُ الصَّوْمَ وَالْحَجَّ وَيُحِلُّ الْمُطَلَّقَةَ وَيُحَصِّنُ الزَّوْجَيْنِ وَيُوجِبُ الصَّدَاقَ: هُوَ الْتِقَاءُ الْخِتَانَيْنِ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٤)، وَابْنُ الْقَاسِمِ(٥): لَا يُحِلُّ الْمُطَلَّقَةَ إِلَّا الْوَطْءُ الْمُبَاحُ الَّذِي يَكُونُ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ، فِي غَيْرِ صَوْمٍ أَوْ حَجٍّ أَوْ حَيْضٍ أَوِ اعْتِكَافٍ، وَلَا يُحِلُّ الذِّمِّيَّةَ عِنْدَهُمَا وَطْءُ زَوْجٍ ذِمِّيٍّ لِمُسْلِمٍ(٦)، وَلَا وَطْءُ مَنْ لَمْ يَكُنْ بَالِغًا(٧).

---

(١) «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ٢٣٨).
ولعل سعيد بن المسيب، وابن جبير ـ لم يبلغهما حديث العسيلة، أو لم يصح عندهما، فأخذا بظاهر القرآن.
«الجامع لأحكام القرآن» (٣/ ١٣٧)، «الاستذكار» (٥/ ٤٤٧)، «فتح الباري» (٩/ ٥٦٢ ـ ٥٦٣).

(٢) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٧).

(٣) «الهداية»، للمرغيناني (٢/ ١٠)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٨).
«الفواكه الدواني» (٢/ ٣٠)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢١٥).
«تحفة المحتاج» (٧/ ٣١١)، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٩٩).
ومذهب الحنابلة. ينظر: «الإنصاف» (٩/ ١٦٥)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٤٢٦).

(٤) «الفواكه الدواني» (٢/ ٣٠)، «شرح مختصر خليل» (٣/ ٢١٥).

(٥) «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد (٤/ ٥٨٤).

(٦) «عقد الجواهر الثمينة»، لابن شاس (٢/ ٤٣٧)، «التوضيح»، لخليل (٤/ ٤٥).

(٧) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٣٨).

وَخَالَفَهُمَا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ: الشَّافِعِيُّ[١]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٢]، وَالثَّوْرِيُّ[٣]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٤]، فَقَالُوا: يُحِلُّ الْوَطْءُ وَإِنْ وَقَعَ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ، أَوْ وَقْتٍ غَيْرِ مُبَاحٍ. وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْمُرَاهِقِ عِنْدَهُمْ يُحِلُّ، وَيُحِلُّ وَطْءُ الذِّمِّيِّ الذِّمِّيَّةَ لِلْمُسْلِمِ[٥]، وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونُ عِنْدَهُمْ، وَالْخَصِيُّ الَّذِي يَبْقَى لَهُ مَا يُغَيِّبُهُ فِي فَرْجٍ[٦].

وَالْخِلَافُ فِي هَذَا كُلِّهِ آيِلٌ إِلَى: هَلْ يَتَنَاوَلُ اسْمُ النِّكَاحِ أَصْنَافَ الْوَطْءِ النَّاقِصِ أَمْ لَا يَتَنَاوَلُهُ؟

١٧٤١ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي نِكَاحِ الْمُحَلِّلِ؛ أَعْنِي: إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى شَرْطِ أَنْ يُحَلِّلَهَا لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٧]: النِّكَاحُ فَاسِدٌ يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، وَالشَّرْطُ فَاسِدٌ لَا

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»، لزكريا الأنصاري (٣/ ١٥٦)، «حاشية الشرواني على تحفة المحتاج» (٧/ ٣١١).

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» (ص١١٦)، «البناية»، للعيني (٥/ ٤٧٨).

(٣) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٧).

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٧).

(٥) تقدم.

(٦) قال الزيلعي: «غلام لم يبلغ ـ ومثله يجامع ـ جامع امرأته، وجب عليها الغسل، وأحلَّها للزوج الأول. . والمجنون فيه كالعاقل والخصي الذي يقدر على الجماع يحلها للأول». «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٨). وينظر: «البناية شرح الهداية»، للعيني (٥/ ٤٧٨، ٤٧٩).

قال زكريا الأنصاري: «(وكذا مجنون ومحرم) بنسك (وخصي ولو) كان صائمًا أو (كانت حائضًا أو صائمة أو مظاهرًا منها أو صغيرة لا تشتهى أو معتدة من شبهة، وقعت في نكاح المحلل)». «أسنى المطالب» (٣/ ١٥٦). وينظر: «حاشية الشرواني على تحفة المحتاج» (٧/ ٣١١).

(٧) قال ابن عبد البر: «ونكاح المحلل فاسد مفسوخ، وهو أن يتزوج امرأة طلقها غيره ثلاثًا ليحلها لزوجها، وأنها متى أصابها طلقها، فهذا المحلل الذي ورد الحديث عن النبي ﷺ بلعنه. وكل من نكح امرأة ليحلها لزوجها، فلا تحل لزوجها إن وطئها بذلك النكاح، وسواء عَلِمَا أو لم يَعلما إذا قصدا النكاح لذلك ولا يقر على نكاحها ويفسخ قبل الدخول وبعده». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٣٣). وينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ١٢١).

تَحِلُّ بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُ إِرَادَةُ الْمَرْأَةِ التَّحْلِيلَ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عِنْدَهُ إِرَادَةُ الرَّجُلِ(١).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣): النِّكَاحُ جَائِزٌ، وَلَا تُؤَثِّرُ النِّيَّةُ فِي ذَلِكَ.

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ(٤) وَجَمَاعَةٌ(٥) وَقَالُوا: هُوَ مُحَلِّلٌ لِلزَّوْجِ الْمُطَلِّقِ ثَلَاثًا.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: النِّكَاحُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ - أَيْ: لَيْسَ يُحَلِّلُهَا، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى(٦)، وَرُوِيَ عَنِ الثَّوْرِيِّ(٧).

وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ(٨) وَأَصْحَابُهُ بِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ(٩)، ....

---

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٣٨)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٣٣). «الإنصاف» (٨/ ١٦١)، «الشرح الكبير على متن المقنع» (٧/ ٥٣٢)، «المبدع» (٦/ ١٥١).

(٢) قال النووي: «ولا يجوز نكاح المحلل، وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما، وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول». «المجموع» (١٦/ ٢٤٩) وله صور ثلاثة انظرها: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٣٢ - ٣٣٣).

(٣) قال الزيلعي: «(وكره بشرط التحليل للأول)؛ أي: يكره التزوج بشرط أن يحلها له يريد به، بشرط التحليل بالقول بأن قال: تزوجتك على أن أحلك له، أو قالت المرأة ذلك. وأما لو نويا ذلك في قلبهما ولم يشترطاه بالقول؛ فلا عبرة به، ويكون الرجل مأجورًا بذلك لقصده الإصلاح». «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٨). ينظر: «البحر الرائق» (٤/ ٦٣).

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٩)، وهو قول الظاهرية، «المحلى» (١٠/ ١٨٣):

(٥) مثل القاسم بن محمد وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي الزناد وعطاء. «الاستذكار» (٥/ ٤٤٩).

(٦) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٩).

(٧) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٩).

(٨) «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٧٥)، «الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد»، لصالح الآبي (ص٤٦١).

(٩) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦)، والنسائي (٨/ ١٢٧)، وفي «الكبرى» (٩٣٩٠)، والترمذي (١١١٩)، وابن ماجه (١٩٣٥)، عن الشعبي، عن الحارث الأعور عن عليّ، قال: لعن رسول الله ﷺ آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه، والواشمة والمستوشمة للحُسن، ومانع الصدقة، والمحلّل والمحلل له، وكان ينهى عن النوح.
وإسناده ضعيف لضعف الحارث الأعور.

وَابْنِ مَسْعُودٍ(١)، وَأَبِي هُرَيْرَةَ(٢)، وَعُقْبَةَ بْن عَامِرٍ(٣) أَنَّهُ قَالَ ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ**».

فَلَعْنُهُ إِيَّاهُ كَلَعْنِهِ آكِلَ الرِّبَا وَشَارِبَ الْخَمْرِ.

وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى النَّهْيِ، وَالنَّهْيُ يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ(٤)، وَاسْمُ النِّكَاحِ الشَّرْعِيِّ لَا يَنْطَلِقُ عَلَى النِّكَاحِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ.

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٢٠)، والنسائي (٦/ ١٢١)، وفي «الكبرى» (٥٥٣٦ و٥٦٠٩)، عن سفيان الثوري، عن أبي قيس عبد الرحمٰن بن ثروان، عن هُزيل بن شُرحبيل، عن ابن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة، والمحلل والمحلل له.
وفيه أبو قيس، وثقه ابن معين وغيره، ولينه أبو حاتم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٢٩٦)، وابن راهويه «كما في نصب الراية» (٣/ ٢٤٠)، وأحمد (٢/ ٣٢٣)، والترمذي في «العلل» (١/ ٤٣٧)، من حديث سعيد بن أبي سعيد المَقبري، عن أبي هريرة قال: لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلل له.
قال الترمذي: سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: هو حديث حسن.
وعبد الله بن جعفر المخرمي صدوق ثقة، وعثمان بن محمد الأخنسي ثقة، وكنت أظن أنّ عثمان لم يسمع من سعيد المقبري».
وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٤٠): «الحديث صحيح».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الجُوَيني: «هذا مما اختلف فيه الفقهاء والمتكلمون:
فما ذهب إليه الجمهور؛ من أصحاب الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة، وأهل الظاهر، وطائفة من المتكلمين: أن النهي عن الشيء يدل على فساده، كما أن الأمر بالشيء يدل على إجزائه.
ثم اختلف هؤلاء فذهب بعضهم أنَّ النهي دال على فساد المنهي عنه من جهة وضع اللسان.
وذهب آخرون إلى أن النهي إذا ثبت؛ فإنما يعلم فساد المنهي عنه بموجب الشرع، دون قضية لفظ النهي في اللغة.
وذهب الجمهور من المتكلمين أنَّ النهي لا يدل على الفساد، ثم أجمع هؤلاء على أنه كما لا يدل على فساد المنهي عنه لا يدل على صحته وإجزائه».
«التلخيص في أصول الفقه»، للجويني (١/ ٤٨١ ـ ٤٨٢). وانظر: «الواضح في أصول الفقه»، لابن عقيل (٣/ ٢٤٨).

وَأَمَّا الْفَرِيقُ الْآخَرُ:

فَتَعَلَّقَ بِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَهَذَا نَاكِحٌ، وَقَالُوا: وَلَيْسَ فِي تَحْرِيمِ قَصْدِ التَّحْلِيلِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَدَمَهُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ النَّهْيُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الصَّلَاةِ صِحَّةَ مِلْكِ الْبُقْعَةِ أَوِ الْإِذْنَ مِنْ مَالِكِهَا فِي ذَلِكَ.

قَالُوا: وَإِذَا لَمْ يَدُلَّ النَّهْيُ عَلَى فَسَادِ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَأَحْرَى أَنْ لَا يَدُلَّ عَلَى بُطْلَانِ التَّحْلِيلِ.

وَإِنَّمَا لَمْ يَعْتَبِرْ مَالِكٌ قَصْدَ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوَافِقْهَا عَلَى قَصْدِهَا لَمْ يَكُنْ لِقَصْدِهَا مَعْنًى، مَعَ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ بِيَدِهَا.

١٧٤٢ وَاخْتَلَفُوا فِي: هَلْ يَهْدِمُ الزَّوْجُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَهْدِمُ(١).

وَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَالشَّافِعِيُّ(٣): لَا يَهْدِمُ.

أَعْنِي: إِذَا تَزَوَّجَتْ قَبْلَ الطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ غَيْرَ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ؛ ثُمَّ رَاجَعَهَا - هَلْ يُعْتَدُّ بِالطَّلَاقِ الْأَوَّلِ أَمْ لَا؟

فَمَنْ رَأَى أَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَخُصُّ الثَّالِثَةَ بِالشَّرْعِ، قَالَ: لَا يُهْدَمُ مَا دُونَ الثَّالِثَةِ عِنْدَهُ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ إِذَا هَدَمَ الثَّالِثَةَ؛ فَهُوَ أَحْرَى أَنْ يَهْدِمَ مَا دُونَهَا قَالَ: يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) «الهداية» (٢/ ١٠)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٨).

(٢) «مواهب الجليل» (٣/ ٤١٤)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٣٠).

(٣) «تحفة المحتاج» (٧/ ٣١٢)، «مغني المحتاج» (٤/ ٣٠١).

الْجُمْلَةُ الرَّابِعَةُ

وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ فِيهَا بَابَانِ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْعِدَّةِ.

وَالثَّانِي: فِي الْمُتْعَةِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ: وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ فِي فَصْلَيْنِ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي عِدَّةِ الزَّوْجَاتِ.

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي عِدَّةِ مِلْكِ الْيَمِينِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ:

١٧٤٣ وَالنَّظَرُ فِي عِدَّةِ الزَّوْجَاتِ يَنْقَسِمُ إِلَى نَوْعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

فِي مَعْرِفَةِ الْعِدَّةِ.

وَالثَّانِي:

فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْعِدَّةِ.

١٧٤٤ النَّوْعُ الْأَوَّلُ:

كُلُّ زَوْجَةٍ فَهِيَ: إِمَّا حُرَّةٌ، وَإِمَّا أَمَةٌ.

وَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَاتَيْنِ إِذَا طُلِّقَتْ؛ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ (مَدْخُولًا[١] بِهَا، أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا.

١٧٤٥ فَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا: فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا بِإِجْمَاعٍ[٢]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

---

(١) من هنا يبدأ خرم في (م).

(٢) وافقه على نقل الإجماع: القاضي ابن العربي في «أحكام القرآن» (٣/ ٤٤٣)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ١٩٤)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (١٤/ ١٨٤).

١٧٤٦ والْمَدْخُولُ بِهَا: فَلَا يَخْلُو من أَنْ تَكُونَ)[١] مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ ذَوَاتِ الْحَيْضِ.

وَغَيْرُ ذَوَاتِ الْحَيْضِ: إِمَّا صِغَارٌ، وَإِمَّا يَائِسَاتٌ.

وَذَوَاتُ الْحَيْضِ:

إِمَّا حَوَامِلُ، وَإِمَّا جَارِيَاتٌ عَلَى عَادَاتِهِنَّ فِي الْحَيْضِ، وَإِمَّا مُرْتَفِعَاتُ الْحَيْضِ، وَإِمَّا مُسْتَحَاضَاتٌ.

وَالْمُرْتَفِعَاتُ الْحَيْضِ فِي سِنِّ الْحَيْضِ: إِمَّا مُرْتَابَاتٌ بِالْحَمْلِ ـ أَيْ: يُحَسُّ فِي الْبَطْنِ ـ وَإِمَّا غَيْرُ مُرْتَابَاتٍ.

وَغَيْرُ مُرْتَابَاتٍ: إِمَّا مَعْرُوفَاتُ سَبَبِ انْقِطَاعِ الْحَيْضِ مِنْ رَضَاعٍ أَوْ مَرَضٍ، وَإِمَّا غَيْرُ [أ/٣١٩و] مَعْرُوفَاتٍ.

١٧٤٧ فَأَمَّا ذَوَاتُ الْحَيْضِ الْأَحْرَارُ الْجَارِيَاتُ فِي حَيْضِهِنَّ عَلَى الْمُعْتَادِ: فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ.

وَالْحَوَامِلُ مِنْهُنَّ عِدَّتُهُنَّ وَضْعُ حَمْلِهِنَّ.

وَالْيَائِسَاتُ مِنْهُنَّ عِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا[٢]؛ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: (﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] الْآيَةَ، وَفِي قَوْلِهِ تَعَالَى)[٣]: [ب/٢٧٤و]، ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ [الطلاق: ٤] الْآيَةَ.

١٧٤٨ وَاخْتَلَفُوا مِنْ (هَذِهِ الْآيَةِ)[٤] فِي الْأَقْرَاءِ مَا هِيَ؟

فَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ الْأَطْهَارُ ـ أَعْنِي: الْأَزْمِنَةَ الَّتِي بَيْنَ الدَّمَيْنِ.

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

(٢) وافقه على نقل الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٣٤)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ١٩٩)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٢٩٠).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) في (م): «هذا الباب».

وَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ الدَّمُ نَفْسُهُ.

وَمِمَّنْ قَالَ: الْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ: أَمَّا مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ فَمَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]، وَجُمْهُورُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَأَبُو ثَوْرٍ[٣][٤]، وَجَمَاعَةٌ.

وَأَمَّا مِنَ الصَّحَابَةِ: فَابْنُ عُمَرَ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَعَائِشَةُ[٥].

وَمِمَّنْ قَالَ: إِنَّ الْأَقْرَاءَ هِيَ الْحَيْضُ:

أَمَّا مِنْ فُقَهَاءِ [م/١٧٣و] الْأَمْصَارِ: فَأَبُو حَنِيفَةَ[٦]، وَالثَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، (وَابْنُ أَبِي لَيْلَى)[٧]، وَجَمَاعَةٌ.

وَأَمَّا مِنَ الصَّحَابَةِ: فَعَلِيٌّ، وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَأَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ[٨].

وَحَكَى الْأَثْرَمُ، عَنْ أَحْمَدَ[٩] أَنَّهُ قَالَ: الْأَكَابِرُ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ

---

(١) «مواهب الجليل» (١/ ٣٧٢). وينظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ٣٢).

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٦٦)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٤٩).

(٤) زاد هنا في (م) ـ بعدها: (وابن أبي ليلى).
وهذه الزيادة ـ في هذا الموضع ـ خطأٌ.
وقد أتت بعد ذلك في مكانها الصحيح. وينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٤٩)، وفيه: أن ابن أبي ليلى قال بأن القرء الحيض لا الطهر، كما سيأتي.

(٥) قال ابن المنذر في «الأوسط» (٩/ ٥٨٨): «وممن هذا قوله من الأوائل: زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله بن عمر وأبان بن عثمان بن عفان».

(٦) قال القدوري: «والأقراء: الحيض». «مختصر القدوري» (ص١٢١). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٨).

(٧) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٤٩): «وقال أبو حنيفة والثوري وأصحابه والأوزاعي والحسن بن حي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد: الأقراء الحيض».

(٨) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٤٩).

(٩) كما في مسائل أبي داود: (٢٥٣، باب الأقراء). ينظر: «المغني» (١١/ ٢٠٠).

يَقُولُونَ: الْأَقْرَاءُ هِيَ الْحَيْضُ، وَحَكَى أَيْضًا عَنِ الشَّعْبِيِّ(١) أَنَّهُ قَوْلُ أَحَدَ عَشَرَ أَوِ اثْنَيْ عَشَرَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ.

وَأَمَّا أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: فَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ:

فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِنَّهَا الْأَطْهَارُ ـ عَلَى قَوْلِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَابْنِ عُمَرَ، وَعَائِشَةَ، ثُمَّ تَوَقَّفْتُ الْآنَ مِنْ أَجْلِ أَنَّ قَوْلَ عَلِيٍّ، وابْنِ مَسْعُودٍ: هُوَ(٢) أَنَّهَا الْحَيْضُ(٣).

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ: هُوَ أَن مَنْ رَأَى أَنَّهَا الْأَطْهَارُ ـ رَأَى أَنَّهَا إِذا دَخَلَتِ الرَّجْعِيَّةُ عِنْدَهُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ وَحَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهَا الْحَيْضُ لَمْ تَحِلّ عِنْدَهُ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْحَيْضَةُ الثَّالِثَةُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

اشْتِرَاكُ اسْمِ الْقُرْءِ، فَإِنَّهُ يُقَالُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ عَلَى حَدٍّ سَوَاءٍ: عَلَى الدَّمِ، وَعَلَى الْأَطْهَارِ(٤).

١٧٤٩ وَقَدْ رَامَ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى أَنَّ اسْمَ (الْقُرْءِ) فِي الْآيَةِ ظَاهِرٌ فِي الْمَعْنَى الَّذِي يَرَاهُ:

---

(١) قال الشعبي: «قال أحد عشر أو اثنا عشر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس قالوا: إذا طلق الرجل امرأة تطليقة أو تطليقتين فله عليها الرجعة ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة». «الاستذكار» (٦/ ١٤٩).

(٢) «هو»: زيادة مقحمة في السياق، والأجود حذفها.

(٣) قال أبو داود: «قيل لأحمد، وأنا أسمع: «إلى أي شيء تذهب في الأقراء، وهي الأطهار؟ فقال: كنت أذهب إليه، إلا أني أتهيب الآن من أجل أن فيه عن علي وعبد الله بن مسعود». «مسائل أحمد» رواية أبي داود (ص٢٥٣)، والمعتمد في المذهب: أن الأقراء الحيض. ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٧٩).

(٤) ينظر: «إصلاح المنطق»، لابن السكيت (ص١٩٨)، «الأضداد»، لابن الأنباري (ص٣١).

فَالَّذِينَ قَالُوا: إِنَّهَا الأَطْهَارُ ـ قَالُوا: إِنَّ هَذَا الْجَمْعَ خَاصٌّ بِالْقُرْءِ الَّذِي هُوَ الطُّهْرُ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْقُرْءَ الَّذِي هُوَ الْحَيْضُ يُجْمَعُ عَلَى أَقْرَاءٍ، لَا عَلَى قُرُوءٍ، وَحَكَوْا ذَلِكَ عَنِ ابْنِ الأَنْبَارِيِّ(١).

[أ/٣١٩ظ] وَأَيْضًا؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّ الْحَيْضَةَ مُؤَنَّثَةٌ، وَالطُّهْرُ مُذَكَّرٌ، فَلَوْ كَانَ الْقُرْءُ الَّذِي يُرَادُ بِهِ الْحَيْضُ ـ لَمَا ثَبَتَ فِي جَمْعِهِ الْهَاءُ، لِأَنَّ الْهَاءَ لَا تَثْبُتُ فِي جَمْعِ الْمُؤَنَّثِ فِيمَا دُونَ الْعَشَرَةِ(٢).

وَقَالُوا أَيْضًا: إِنَّ الِاشْتِقَاقَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّ (الْقُرْءَ) مُشْتَقٌّ مِنْ (قَرَيْتُ الْمَاءَ فِي الْحَوْضِ) ـ أَيْ: جَمَّعْتُهُ، وَزَمَانُ اجْتِمَاعِ الدَّمِ [ب/٢٧٤ظ] هُوَ زَمَانُ الطُّهْرِ(٣).

فَهَذَا هُوَ أَقْوَى مَا تَمَسَّكَ بِهِ الْفَرِيقُ الأَوَّلُ مِنْ ظَاهِرِ الآيَةِ.

(وَأَمَّا مَا تَمَسَّكَ بِهِ الْفَرِيقُ الثَّانِي مِنْ ظَاهِرِ الآيَةِ)(٤):

فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ظَاهِرٌ فِي تَمَامِ كُلِّ قُرْءٍ مِنْهَا، لِأَنَّهُ لَيْسَ يَنْطَلِقُ اسْمُ (الْقُرْءِ) عَلَى بَعْضِهِ إِلَّا تَجَوُّزًا، وَإِذَا وُضِعَتِ الأَقْرَاءُ ـ هِيَ(٥) الأَطْهَارُ: أَمْكَنَ أَنْ تَكُونَ الْعِدَّةُ عِنْدَهُمْ بِقُرْأَيْنِ وَبَعْضِ قُرْءٍ، لِأَنَّهَا عِنْدَهُمْ تَعْتَدُّ بِالطُّهْرِ الَّذِي تُطَلَّقُ فِيهِ ـ وَإِنْ مَضَى أَكْثَرُهُ. وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ: فَلَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهَا اسْمُ الثَّلَاثَةِ إِلَّا تَجَوُّزًا، وَاسْمُ الثَّلَاثَةِ ظَاهِرٌ فِي كَمَالِ

---

(١) كذا نقله عن ابن الأنباري: الخرشي في «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٣٧).
وذكر ابن الأنباري في «الأضداد» (ص٢٧) الاثنين، ولم يقدم أحدهما، قال: «والقرء من الأضداد. يقال: القرء للطهر، وهو مذهب أهل الحجاز، والقرء للحيض، وهو مذهب أهل العراق، ويقال في جمعه: أقراء وقروء».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير»، للماوردي (١١/ ١٦٧)، «بدائع الصنائع»، للكاساني (٣/ ١٩٤).

(٣) ينظر: «تهذيب اللغة» (٩/ ٢٠٧)، «الصحاح» (٦/ ٢٤٦١).

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) في (م): «في».

كُلِّ قُرْءٍ مِنْهَا، وَذَلِكَ لَا يَتَّفِقُ إِلَّا بِأَنْ تَكُونَ الْأَقْرَاءُ هِيَ الْحَيْضَ؛ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّهَا إِنْ طُلِّقَتْ فِي حَيْضَةٍ، أَنَّهَا لَا تَعْتَدُّ بِهَا.

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ احْتِجَاجَاتٌ مُتَسَاوِيَةٌ مِنْ جِهَةِ لَفْظِ (الْقُرْءِ)، وَالَّذِي رَضِيَهُ الْحُذَّاقُ: أَنَّ الْآيَةَ مُجْمَلَةٌ فِي ذَلِكَ، وَأَنَّ الدَّلِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يُطْلَبَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى.

فَمِنْ أَقْوَى مَا تَمَسَّكَ بِهِ مَنْ رَأَى أَنَّ الْأَقْرَاءَ هِيَ الْأَطْهَارُ: حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمُ، وَقَوْلُهُ ﷺ: **«مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا إِنْ شَاءَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»**(١).

قَالُوا: **وَإِجْمَاعُهُمْ** عَلَى أَنَّ طَلَاقَ السُّنَّةِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي طُهْرٍ لَمْ يمسَّها فِيهِ. وَقَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»** ـ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ هِيَ الْأَطْهَارُ، لِكَيْ يَكُونَ الطَّلَاقُ مُتَّصِلًا بِالْعِدَّةِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُتَأَوَّلَ قَوْلُهُ: **«فَتِلْكَ الْعِدَّةُ»**؛ أَيْ: فَتِلْكَ مُدَّةُ اسْتِقْبَالِ الْعِدَّةِ، لِئَلَّا يَتَبَعَّضَ الْقُرْءُ بِالطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ.

وَأَقْوَى مَا تَمَسَّكَ بِهِ **الْفَرِيقُ الثَّانِي**: أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا شُرِعَتْ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ، وَبَرَاءَتُهَا إِنَّمَا تَكُونُ بِالْحَيْضِ لَا بِالْأَطْهَارِ.

وَلِذَلِكَ كَانَ عِدَّةُ مَنِ ارْتَفَعَ الْحَيْضُ عَنْهَا بِالْأَيَّامِ، فَالْحَيْضُ هُوَ سَبَبُ الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ، فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ الْأَقْرَاءُ هِيَ الْحَيْضَ.

(وَاحْتَجَّ(٢) مَنْ قَالَ: الْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ بِأَن قَالَ: الْمُعْتَبَر فِي بَرَاءَةِ الرَّحِمِ هُوَ(٣) [أ/٣٢٠و] النَّقْلَةُ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ، لَا انْقِضَاءُ الْحَيْضِ، فَلَا

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١).

(٢) من هنا يبدأ خرم في (م).

(٣) في (ب): «هي».

مَعْنَى لِاعْتِبَارِ الْحَيْضَةِ الْأَخِيرَةِ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ: فَالثَّلَاثُ الْمُعْتَبَرُ فِيهِنَّ التَّمَامُ [ب/ ٢٧٥و] ـ أَعْنِي: الْمُشْتَرَط ـ هِيَ الْأَطْهَارُ الَّتِي بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ)[١]، وَلِكِلَا الْفَرِيقَيْنِ احْتِجَاجَاتٌ طَوِيلَةٌ.

وَمَذْهَبُ الْحَنَفِيَّةِ أَظْهَرُ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى، وَحُجَجُهُمْ[٢] مِنْ جِهَةِ الْمَسْمُوعِ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ قَرِيبٌ [م/ ١٧٣ظ] مِنْ مُتَسَاوِيَةٍ.

وَلَمْ يَخْتَلِفِ الْقَائِلُونَ: إِنَّ الْعِدَدَ[٣] هِيَ الْأَطْهَارُ التي تَنْقَضِي بِدُخُولِهَا فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ.

١٧٥٠ (وَاخْتَلَفَ الَّذِينَ قَالُوا: إِنَّهَا الْحَيْضُ: فَقِيلَ: تَنْقَضِي بِانْقِطَاعِ الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ)[٤]، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[٥].

قِيلَ: حَتَّى تَغْتَسِلَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، وَبِهِ قَالَ مِنَ الصَّحَابَةِ: عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَعَلِيٌّ، وَابْنُ مَسْعُودٍ[٦].

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ: الثَّوْرِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وأبو عُبَيْدٍ[٧].

وَقِيلَ: حَتَّى يَمْضِيَ وَقْتُ الصَّلَاةِ الَّتِي طَهُرَتْ فِي وَقْتِهَا[٨].

وَقِيلَ: إِنَّ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا الرَّجْعَةَ، وَإِنْ فَرَّطَتْ فِي الْغُسْلِ عِشْرِينَ سَنَةً،

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

(٢) في (م): «وحجتهم». (٣) في (م): «الأقراء».

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ). (٥) ينظر: «الأوسط» (٩/ ٥٨٧).

(٦) ينظر: «الإشراف»، لابن المنذر (٥/ ٣٨٢)، «الاستذكار» (٦/ ١٤٩).

(٧) ينظر: «الأوسط»، لابن المنذر (٩/ ٥٨٦)، «التمهيد»، لابن عبد البر (١٥/ ٩١).
وجاء في النسخة (ب): «وأبو عبيدة». والصواب المثبت من سائر النسخ: أبو عبيد القاسم بن سلام. وينظر: «المغني»، لابن قدامة (٧/ ٥٢١).

(٨) كان سفيان الثوري يقول في قول من قال: هو أحق بها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة إذا رأت الطهر ولم تغتسل هي، قال: هو أحق بها حتى يذهب وقت تلك الصلاة التي طهرت.
وروي عن الحسن البصري أنه قال: إلا أن ترى الطهر ثم تؤخر اغتسالها حتى تفوتها الصلاة، فإن فعلت فقد بانت حينئذٍ. «الأوسط» (٩/ ٥٨٧).

حُكِيَ هَذَا عَنْ شَرِيكٍ[١].

وَقَدْ قِيلَ: تَنْقَضِي بِدُخُولِهَا فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، وَهُوَ أَيْضًا شَاذٌّ[٢]، فَهَذِهِ هِيَ حَالُ الْحَائِضِ الَّتِي تَحِيضُ.

وَأَمَّا الَّتِي تُطَلَّقُ فَلَا تَحِيضُ - وَهِيَ فِي سِنِّ الْحَيْضِ، وَلَيْسَ هُنَاكَ رِيبَةُ حَمْلٍ[٣]، وَلَا سَبَبٌ مِنْ رَضَاعٍ، وَلَا مَرَضٍ:

فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ عِنْدَ مَالِكٍ[٤] تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ تَحِضْ فِيهِنَّ اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الثَّلَاثَةَ أَشْهُرٍ اعْتَبَرَتِ الْحَيْضَ، وَاسْتَقْبَلَتِ انْتِظَارَهُ، فَإِنْ مَرَّ بِهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ الثَّانِيَةَ اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الثَّلَاثَةَ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَامِ الثَّانِي انْتَظَرَتِ الْحَيْضَةَ الثَّالِثَةَ، فَإِنْ مَرَّ بِهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتِ الثَّالِثَةَ فِي ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ كَانَتْ قَدِ اسْتَكْمَلَتْ عِدَّةَ الْحَيْضِ وَتَمَّتْ عِدَّتُهَا، وَلِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا لَمْ تَحِلّ.

١٧٥١ وَاخْتُلِفَ عَنْ مَالِكٍ؛ مِنْ مَتَى تَعْتَدُّ بِالتِّسْعَةِ؟

فَقِيلَ: مِنْ يَوْمِ طُلِّقَتْ، وَهُوَ قَوْلُهُ فِي «الْمُوَطَّأِ»[٥]. وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ[٦] عَنْهُ: مِنْ يَوْمِ رَفْعِهَا حَيْضَتَهَا[٧].

---

(١) قال ابن عبد البر: «وروي عن شريك قول شاذ: أنها لو فرَّطت في الغسل عشر سنين، لكان زوجها أحق برجعتها ما لم تغتسل». «الاستذكار» (٦/ ١٥٠).

(٢) روي عن إسحاق بن راهويه أنه قال: إذا طعنت المطلقة في الحيضة الثالثة بانت وانقطعت الرجعة للزوج؛ إلا أنه لا يحل لها أن تتزوج حتى تغتسل من حيضتها. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٥١).

(٣) ليست في (م).

(٤) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٣٠)، «المعونة»، للقاضي عبد الوهاب (ص٩٢٢)، «التاج والإكليل»، للمواق (٤/ ١٥١).

(٥) موطأ مالك: (٢/ ٥٨٣).

(٦) ينظر: «المدونة» (٢/ ٣٦٥)، «النوادر والزيادات» (٥/ ١١).

(٧) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٧٥).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢) وَالْجُمْهُورُ فِي الَّتِي تَرْتَفِعُ حَيْضَتُهَا، وَهِيَ لَا تَيْأَسُ مِنْهَا فِي الْمُسْتَأْنَفِ: إِنَّهَا تَبْقَى أَبَدًا تَنْتَظِرُ حَتَّى تَدْخُلَ فِي السِّنِّ(٣) الَّذِي [ب/ ٢٧٥ظ] تَيْأَسُ فِيهِ مِنَ الْمَحِيضِ(٤)، وَحِينَئِذٍ تَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ أو تَحِيض قَبْلَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُ [أ/ ٣٢٠ظ] مَالِكٍ: مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَابْنِ عَبَّاسٍ(٥).

وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ: هو قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَزَيْدٍ(٦).

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: هُوَ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْعِدَّةِ(٧) إِنَّمَا هُوَ مَا يَقَعُ بِهِ بَرَاءَةُ الرَّحِمِ ظَنًّا غَالِبًا، بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَدْ تَحِيضُ الْحَامِلُ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ: فَمدَّةُ الْحَمْلِ كَافِيَةٌ فِي الْعِلْم بِبَرَاءَةِ الرَّحِم، بَلْ هِيَ قَاطِعَةٌ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةَ الْيَائِسَةِ، فَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ حُكِمَ لَهَا بِحُكْم ذَوَاتِ الْحَيْضِ، وَاحْتَسَبَتْ بِذَلِكَ الْقُرْءِ، ثُمَّ تَنْتَظِرُ الْقُرْءَ الثَّانِيَ أَوِ السَّنَةَ إِلَى أَنْ يَمْضِيَ لَهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءُ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ: فَصَارُوا إِلَى ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]، وَالَّتِي هِيَ مِنْ أَهْلِ الْحَيْضِ لَيْسَتْ بِيَائِسَةٍ.

وَهَذَا الرَّأْيُ فِيهِ عُسْرٌ وَحَرَجٌ، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّهَا تَعْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ - لَكَانَ جَيِّدًا إِذَا فُهِمَ مِنَ الْيَائِسَةِ الَّتِي لَا تَقْطَعُ بِانْقِطَاعِ حَيْضَتِهَا.

وَكَانَ قَوْلُهُ: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾؛ رَاجِعًا إِلَى الْحُكْمِ، لَا إِلَى الْحَيْضِ؛ عَلَى مَا تَأَوَّلَهُ عَلَيْهِ مَالِكٌ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٥)، «تبيين الحقائق» (٦/ ٢٣).

(٢) وهو القول الجديد للشافعي. ينظر: «المهذب»، للشيرازي (٣/ ١٢٠)، «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ٣٤٨).

(٣) في (ب): «اليأس».

(٤) في (أ): «الحيض».

(٥) «الاستذكار» (٦/ ١٧٥).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٧٥).

(٧) من (م).

فَكَأَنَّ مَالِكًا يُطَابِقْ(١) مَذْهَبُهُ تَأْوِيلَهُ الْآيَةَ، فَإِنَّهُ فَهِمَ مِنَ الْيَائِسَةِ هُنَا مَنْ يُقْطَعُ عَلَى أَنَّه لَيْسَ(٢) مَنْ أَهْلِ الْحَيْضِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ قِبَلِ السِّنِّ، وَلِذَلِكَ جَعَلَ قَوْلَهُ: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] رَاجِعًا إِلَى الْحُكْمِ لَا إِلَى الْحَيْضِ - أَيْ: وإِنْ شَكَكْتُمْ فِي حُكْمِهِنَّ - ثُمَّ قَالَ فِي الَّتِي تَبْقَى تِسْعَةَ أَشْهُرٍ: لَا تَحِيضُ - وَهِيَ فِي سِنِّ مَنْ تَحِيضُ: إِنَّهَا تَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ.

وَأَمَّا إِسْمَاعِيلُ(٣) القاضي(٤)، وَابْنُ بُكَيْرٍ - مِنْ أَصْحَابِهِ(٥)، فَذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الرِّيبَةَ هَا هُنَا فِي الْحَيْضِ، وَأَنَّ الْيَائِسَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ: هُوَ مَا لَمِ يُحْكَمْ عَلَيْهِ بِمَا يَئِسَ مِنْهُ بِالْقَطْعِ.

فَطَابَقُوا تَأْوِيلَ الْآيَةِ مَذْهَبَهُمُ الَّذِي هُوَ مَذْهَبُ [م/ ١٧٤و] مَالِكٍ، وَنِعْمَ مَا فَعَلُوا؛ لِأَنَّهُ إِنْ فُهِمَ هَا هُنَا مِنَ الْيَائِسِ الْقَطْعُ، فَقَدْ يَجِبُ أَنْ تَنْتَظِرَ الدَّمَ وَتَعْتَدَّ بِهِ حَتَّى تَكُونَ فِي هَذَا السِّنِّ - أَعْنِي: سِنَّ الْيَائِسِ - وَإِنْ فَهِمَ مِنَ الْيَائِسِ مَا لَا يُقْطَعُ بِذَلِكَ [ب/ ٢٧٦و] فَقَدْ يَجِبُ أَنْ تَعْتَدَّ الَّتِي انْقَطَعَ دَمُهَا عَنِ الْعَادَةِ فَهِيَ فِي سِنِّ مَنْ تَحِيضُ بِالْأَشْهُرِ، وَهُوَ قِيَاسُ أَهْلِ الظَّاهِرِ، لِأَنَّ الْيَائِسَةَ فِي الطَّرَفَيْنِ لَيْسَ هِيَ عِنْدَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْعِدَّةِ لَا بِالْأَقْرَاءِ وَلَا بِالشُّهُورِ.

---

(١) في (م): «لم يطابق»! (٢) ليست في (أ).
(٣) كما في «ديوان الأحكام الكبرى» (ص٤٣٤)، «مناهج التحصيل» (٤/ ١٨٦).
(٤) من (م).
(٥) كما في «المقدمات الممهدات»، لابن رشد (١/ ٥١١).
وقال في «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨٨): «وذهب ابن بكير وإسماعيل القاضي إلى أن المعنى في قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ [الطلاق: ٤]؛ أي: إن ارتبتم في معاودة الحيض لهن، وأنها ريبة مستقبلة، قالا: ولو كانت ريبة ماضية في الحكم، لكان حقه أن يكون «أن ارتبتم »، بفتح الألف من أن. وقالا: إن اليأس في كلام العرب، إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجا، تقول: يئست من المريض لشدة مرضه، ومن الغائب لبعد غيبته، ولا تقول: يئست من الميت الذي قد انقطع منه الرجا، فلو كان معنى الآيسة التي أوجب الله عليها في العدة ثلاثة أشهر، هي التي لا ترتاب في معاودة الحيض، لوجب إذا ارتفع عن المرأة المحيض، وهي في سن من يشبه أن تحيض أن تعتد بالأقراء، حتى تبلغ سن من لا يشبه أن تحيض، وإن بقيت عشرين سنة».

وَأَمَّا الْفَرْقُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا قَبْلَ التِّسْعَةِ أو بَعْدَهَا: فَاسْتِحْسَانٌ.

وَأَمَّا [أ/٣٢١و] الَّتِي ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا لِسَبَبٍ مَعْلُوم من رَضَاعٍ أَوْ مَرَضٍ: فَإِنَّ الْمَشْهُورَ عِنْدَ مَالِكٍ أَنَّهَا تَنْتَظِرُ الْحَيْضَ، قَصُرَ الزَّمَانُ أَوْ طَالَ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الْمَرِيضَةَ مِثْلُ الَّتِي تَرْتَفِعُ حَيْضَتُهَا بِغَيْرِ سَبَبٍ[١].

وَأَمَّا الْمُسْتَحَاضَةُ:

فَعِدَّتُهَا عِنْدَ مَالِكٍ سَنَةٌ إِذَا لَمْ تُمَيِّزْ بَيْنَ الدَّمَيْنِ، (فَإِنْ مَيَّزَتْ بَيْنَ الدَّمَيْنِ)[٢] فَعَنْهُ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ عِدَّتَهَا السَّنَةُ.

وَالْأُخْرَى: أَنَّهَا تَعْمَلُ عَلَى التَّمْيِيزِ، فَتَعْتَدُّ بِالْأَقْرَاءِ[٣].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: عِدَّتُهَا الْأَقْرَاءُ إِنْ تَمَيَّزَتْ لَهَا، وَإِنْ لَمْ تَتَمَيَّزْ لَهَا فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: عِدَّتُهَا بِالتَّمْيِيزِ إِذَا انْفَصَلَ عَنْهَا الدَّمُ، فَيَكُونُ الْأَحْمَرُ الْقَانِي[٦] مِنَ الْحَيْضَةِ، وَيَكُونُ الْأَصْفَرُ مِنْ أَيَّامِ الطُّهْرِ، فَإِنْ طَبَّقَ عَلَيْهَا الدَّمُ اعْتَدَّتْ بِعَدَدِ أَيَّامِ حَيْضَتِهَا فِي صِحَّتِهَا.

---

(١) قال ابن رشد الجد: «واختلف إذا ارتفع حيضها بالمرض، فقال أشهب: إن ارتفاعه به كارتفاعه بالرضاع، لا يكون ارتفاع الحيض معه ريبة في الوفاة ولا في الطلاق، فتحل في الوفاة بأربعة أشهر وعشرًا وتعتد في الطلاق بالأقراء وإن تباعدت. قال ابن القاسم ورواه عن مالك: أن ارتفاع الحيض مع المرض ريبة، كالصحيحة، فتتربص في الوفاة بتسعة أشهر، وفي الطلاق بسنة، تسعة أشهر استبراء، وثلاثة عدة». «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٢٣). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٥١).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) قال القاضي عبد الوهاب: «وفي عدة المستحاضة من الطلاق روايتان: إحداهما سنة والآخر العمل على التمييز». «التلقين» (ص٣٤١). وينظر: «مواهب الجليل» (٤/ ١٥٢)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٥٨).

(٤) ينظر: «البناية شر الهداية» (٥/ ٦١٦)، «فتح القدير»، لابن الهمام (٤/ ٣٣٥).

(٥) ينظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ١٨٢)، «مغني المحتاج» (١/ ٢٨٩).

(٦) القاني: الشديد الحمرة. ينظر: «النظم المستعذب» (١/ ٤٧).

وَإِنَّمَا ذَهَبَ مَالِكٌ إِلَى بَقَاءِ السَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا مِثْلَ الَّتِي لَا تَحِيضُ - وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الْحَيْضِ.

وَالشَّافِعِيُّ إِنَّمَا ذَهَبَ فِي الْعَارِفَةِ أَيَّامَهَا أَنَّهَا تَعْمَلُ عَلَى مَعْرِفَتِهَا؛ قِيَاسًا عَلَى الصَّلَاةِ لِقَوْلِهِ ﷺ لِلْمُسْتَحَاضَةِ: «**اتْرُكِي الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِكِ، فَإِذَا ذَهَبَ قَدْرُهَا عَنْكِ فَاغْسِلِي الدَّمَ**»[(١)].

وَإِنَّمَا اعْتَبَرَ التَّمْيِيزَ من اعْتَبَرَ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ حُبَيْشٍ: «**إِذَا كَانَ دَمُ الْحَيْضِ فَإِنَّهُ دَمٌ أَسْوَدُ يُعْرَفُ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فَأَمْسِكِي عَنِ الصَّلَاةِ، فَإِذَا كَانَ الْآخَرُ فَتَوَضَّئِي وَصَلِّي فَإِنَّمَا هُوَ عِرْقٌ**»؛ خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ[(٢)].

وَإِنَّمَا ذَهَبَ مَنْ ذَهَبَ إِلَى عِدَّتِهَا إِذَا اخْتَلَطَ عَلَيْهَا الدَّمُ بِالشُّهُورِ، لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ فِي الْأَغْلَبِ أَن فِي كُلِّ شَهْرٍ تَحِيضُ، وَقَدْ جَعَلَ اللهُ الْعِدَّةَ بِالشُّهُورِ عِنْدَ ارْتِفَاعِ الْحَيْضِ وَخَفَاؤُهُ كَارْتِفَاعِهِ.

١٧٥٢ وَأَمَّا **الْمُسْتَرَابَةُ** - أَعْنِي: الَّتِي تَجِدُ حِسًّا فِي بَطْنِهَا تَظُنُّ بِهِ أَنَّهُ حَمْلٌ: فَإِنَّهَا تَمْكُثُ أَكْثَرَ مُدَّةِ الحَمْلِ.

وَقَدِ اخْتُلِفَ فِيهِ:

فَقِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: أَرْبَعُ سِنِينَ. وَقِيلَ: خَمْسُ سِنِينَ[(٣)].

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند»، (٢٤١٤٥)، والطبراني في «المعجم الكبير»، (٨٩٥)، والدارقطني في «السُّنن» (٨٢٢). والحديث صحيح. ينظر: «البدر المنير»، (٣/ ١٢٦)، «مجمع الزوائد»، (١/ ٢٨٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٦).

(٣) تحصيل الأقوال في المسترابة - في المذهب - أربعة:
الأول: أنها تنتظر إلى أربع سنين.
الثاني: أنها تنتظر إلى خمس سنين، وهو قول ابن القاسم.
الثالث: أنها تنتظر إلى سبع سنين، وهو رواية أشهب عن مالك.
القول الرابع: أنها تنتظر أبدًا، حتى تذهب الريبة عنها أو تضع.
واستقر المتأخرون على التردد بين الأربع والخمس. ينظر: «مناهج التحصيل» (٤/ ١٨٧)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٧٤).

وَقَالَ [ب/٢٧٦ظ] أَهْلُ الظَّاهِرِ: تِسْعَةُ أَشْهُرٍ[(١)].

١٧٥٣ **وَلَا خِلَافَ**[(٢)] أَنَّ انْقِضَاءَ عِدَّةِ الْحَوَامِلِ بِوَضْعِ حَمْلِهِنَّ - أَعْنِي: الْمُطَلَّقَاتِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤].

١٧٥٤ وَأَمَّا الزَّوْجَاتُ غَيْرُ الْحَرَائِرِ:

فَإِنَّهُنَّ يَنْقَسِمْنَ - أَيْضًا - بِتِلْكَ الْأَقْسَامِ بِعَيْنِهَا - أَعْنِي: حُيَّضًا وَيَائِسَاتٍ وَمُسْتَحَاضَاتٍ وَمُرْتَفِعَاتِ الْحَيْضِ مِنْ غَيْرِ يَائِسَاتٍ.

فَأَمَّا الْحُيَّضُ [أ/٢٢١ظ] التي يَأْتِيهِنَّ حَيْضتهُنَّ[(٣)]:

فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ عِدَّتَهُنَّ حَيْضَتَانِ[(٤)].

(وَذَهَبَ دَاوُدُ[(٥)]، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ[(٦)]: إِلَى أَنَّ عِدَّتَها ثَلَاثُ حِيَضٍ)[(٧)] كَالْحُرَّةِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ[(٨)].

فَأَهْلُ الظَّاهِرِ اعْتَمَدُوا عُمُومَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وَهِيَ مِمَّنْ يَنْطَلِقُ عَلَيْهَا اسْمُ الْمُطَلَّقَةِ.

وَاعْتَمَدَ الْجُمْهُورُ تَخْصِيصَ هَذَا الْعُمُومِ بِقِيَاسِ الشَّبَهِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُمْ شَبَّهُوا الْحَيْضَ بِالطَّلَاقِ وَالْحَدِّ - أَعْنِي: كَوْنَهُ مُنْتَصَفًا مَعَ الرِّقِّ، وَإِنَّمَا جَعَلُوهَا حَيْضَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَةَ الْوَاحِدَةَ لَا تَتَبَعَّضُ.

١٧٥٥ وَأَمَّا الْأَمَةُ الْمُطَلَّقَةُ الْيَائِسَةُ مِنَ الْحيضِ والصَّغِيرَةُ:

---

(١) ينظر: «الاستذكار» (٧/ ١٧٠).

(٢) تقدم نقل الاتفاق على ذلك.

(٣) في (م): «حيضهن».

(٤) بَيَّضَ لها في (م).

(٥) كما في «الاستذكار»: (٦/ ١٤٩).

(٦) ينظر: «المحلى»، لابن حزم: (١٠/ ١١٥).

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٨) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٢٢)، عن ابن سيرين قال: «ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة، إلا أن يكون مضت بذلك سنَّة، فالسُّنَّة أحق أن تتبع».
وهو قول الشعبي، ويونس، والحسن - أيضًا - عند عبد الرزاق (٧/ ٢٢٣).

فَإِنَّ مَالِكًا، وَأَكْثَرَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ[١] قَالُوا: عِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وَالثَّوْرِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَجَمَاعَةٌ[٤]: عِدَّتُهَا (شَهْرٌ وَنِصْفُ شَهْرٍ، نِصْفُ)[٥] عِدَّةِ الْحُرَّةِ.

١٧٥٦ وَهُوَ الْقِيَاسُ، إِذَا قُلْنَا بِتَخْصِيصِ الْعُمُومِ.

فَكَأَنَّ مَالِكًا اضْطَرَبَ قَوْلُهُ[٦]، فَمَرَّةً أَخَذَ بِالْعُمُومِ، وَذَلِكَ فِي الْيَائِسَاتِ. [م/ ١٧٤ظ] وَمَرَّةً أَخَذَ بِالْقِيَاسِ، وَذَلِكَ فِي ذَوَاتِ الْحَيْضِ، وَالْقِيَاسُ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ.

١٧٥٧ وَأَمَّا الَّتِي تَرْتَفِعُ حَيْضَتُهَا مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ:

فَالْقَوْلُ فِيهَا هُوَ الْقَوْلُ فِي الْحُرَّةِ، وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْمُسْتَحَاضَةُ.

١٧٥٨ **وَاتَّفَقُوا**[٧] عَلَى أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا.

١٧٥٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ رَاجَعَ امْرَأَتَهُ فِي الْعِدَّةِ مِنَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، ثُمَّ

---

(١) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٤٤)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٤٥).

(٢) قال النووي: «فإن كانت الآيسة والتي لم تحض أمة، فهل عدتها ثلاثة أشهر، أم شهران، أم شهر ونصف؟ فيه أقوال. قال المحاملي: **أظهرها**: الأول، واختاره الروياني، قال: ولكن القياس، وظاهر المذهب، شهر ونصف، وعليه جمهور أصحابنا الخراسانيين». «روضة الطالبين» (٩/ ٣٧١)، وينظر: «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٣٥).

(٣) قال ابن مودود الموصلي: «وعدة الأمة في الطلاق حيضتان، وفي الصغر والإياس شهر ونصف لأن الرق منصِّف إلا أن الحيضة لا تتجزأ فكملت احتياطًا». «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٧٣). وينظر: «البناية شرح الهداية» (٥/ ٥٩٨).

(٤) وهو قول عطاء، وابن المسيب، والضحاك بن مزاحم أيضًا، وروي عن ابن عمر. ينظر: «الأوسط» (٩/ ٥٥٤).

ومذهب الحنابلة المعتمد أن عدتها حيضتان، وعن الإمام روايتان: أنها شهر ونصف، وأنها ثلاثة أشهر. ينظر: «المبدع» (٨/ ١٠٧)، «دليل الطالب» (ص٢٨١).

(٥) في (أ): «شهران ونصف».

(٦) الأولى أن يقال: اختلف اجتهاده.

(٧) وافقه على نقل الإجماع ابن المنذر في «الإجماع» (ص٦٤)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٣٣)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٥/ ٧٢).

(ارْتَجَعِهَا ففَارَقَهَا)(١) قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا؛ هَلْ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً أَمْ لَا؟

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٢): تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ.

وَقَالَتْ فِرْقَةٌ: تَبْقَى فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقِهَا الْأَوَّلِ؛ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ(٣). وَقَالَ دَاوُدُ(٤): لَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُتِمَّ عِدَّتَهَا وَلَا عِدَّةً مُسْتَأْنَفَةً.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَعِنْدَ مَالِكٍ أَنَّ كُلَّ رَجْعَةٍ تَهْدِمُ الْعِدَّةَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَسِيسٌ، [ب/ ٢٧٧و] مَا خَلَا رَجْعَةَ الْمُولِي.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٥): إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ الرَّجْعَةِ وَقَبْلَ الْوَطْءِ ثَبَتَتْ عَلَى عِدَّتِهَا الْأُولَى.

١٧٦٠ وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَظْهَرُ(٦).

وَكَذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ: رَجْعَةُ الْمُعْسِرِ بِالنَّفَقَةِ تَقِفُ صِحَّتُهَا عِنْدَهُ عَلَى الْإِنْفَاقِ:

فَإِنْ أَنْفَقَ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ وَهُدِمَتِ الْعِدَّةُ إِنْ كَانَ طَلَاقًا.

---

(١) في (م): «فارقها».

(٢) قال ابن عبد البر: «وهو قول جمهور أهل الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام، وقال الثوري: أجمع الفقهاء عندنا على ذلك». «الاستذكار» (٦/ ١٨٠).

(٣) قال الماوردي: «وإن راجعها لم يخل حاله بعد الرجعة من أن يطأها فإن وطئها استأنفت العدة بعد الطلقة الثالثة التي بعد رجعته ووطئه ويكون ذلك الطهر الذي وقعت فيه الطلقة الثالثة قرءًا واحدًا فتأتي بعده بقرأين، وإن لم يطأها بعد رجعته، فهل تبني على العدة أو تستأنفها على قولين:
أحدهما: أنها تبني على عدة الطلقة الأولى، لأن الرجعة قد بطلت بما تعقبهما من الطلاق.
والقول الثاني: أنها تستأنف العدة من الطلقة الثالثة؛ لأن الرجعة قد أبطلت ما تقدمها من الطلاق». «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٣٣). وينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ١٤٢).

(٤) كما في «الاستذكار» (٦/ ١٨٠).

(٥) تقدم.

(٦) ليست في (م).

وَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ بَقِيَتْ عَلَى عِدَّتِهَا الْأُولَى[١].

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ ثَانِيًا فِي الْعِدَّةِ: فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: تَدَاخُلُ الْعِدَّتَيْنِ.

وَالْأُخْرَى: نَفْيُهُ[٢].

فَوَجْهُ الْأُولَى: اعْتِبَارُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ، لِأَنَّ ذَلِكَ حَاصِلٌ مَعَ التَّدَاخُلِ.

وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ: كَوْنُ الْعِدَّةِ عِبَادَةً، فَوَجَبَ أَنْ تَتَعَدَّدَ بِتَعَدُّدِ [أ/٣٢٢و] الْوَطْءِ الَّذِي لَهُ حُرْمَةٌ.

١٧٦١ وإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ مَضَتْ عَلَى عِدَّةِ الْأَمَةِ عِنْدَ مَالِكٍ، وَلَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى عِدَّةِ الْحُرَّةِ[٣].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: تَنْتَقِلُ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ دُونَ الْبَائِنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: تَنْتَقِلُ في الْوَجْهَيْنِ مَعًا.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ الْعِدَّةُ مِنْ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ، أَمْ مِنْ أَحْكَامِ انْفِصَالِهَا؟

فَمَنْ قَالَ مِنْ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ قَالَ: لَا تَنْتَقِلُ عِدَّتُهَا.

وَمَنْ قَالَ مِنْ أَحْكَامِ انْفِصَالِ الزَّوْجِيَّةِ قَالَ: تَنْتَقِلُ، كَمَا لَوْ عُتِقَتْ وَهِيَ زَوْجَةٌ ثُمَّ طُلِّقَتْ.

---

(١) قال ابن شاس: «لكن الرجعة موقوفة على الإيسار، فإن راجع وأنفق قبل انقضاء العدة صحَّت الرجعة، وإن انقضت قبل أن يقدر على الإنفاق بانت منه». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٢٠)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٩٨).

(٢) ينظر: «التلقين» (ص٣٤١)، «أسهل المدارك» (ص٦٥).

(٣) ينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤٩٠)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٤٥).

(٤) قال القدوري: «فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها». «مختصر القدوري» (ص١٢١). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٥).
وهذا هو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ١٢٣)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٨٥).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٣٣٥).

وَأَمَّا مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ فَبَيِّنٌ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الرَّجْعِيَّ فِيهِ مِنْ أَحْكَامِ الْعِصْمَةِ، وَلِذَلِكَ وَقَعَ فِيهِ الْمِيرَاثُ بِاتِّفَاقٍ إِذَا مَاتَ - وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، أَنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الْمَوْتِ.

فَهَذَا هُوَ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ مِنْ قِسْمَيِ النَّظَرِ فِي الْعُدَدِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: وَأَمَّا النَّظَرُ فِي أَحْكَامِ الْعُدَدِ:

١٧٦٢ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا[١] عَلَى أَنَّ لِلْمُعْتَدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ النَّفَقَةَ وَالسُّكْنَى.

وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي الرَّجْعِيَّاتِ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] الْآيَةَ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

١٧٦٣ وَاخْتَلَفُوا فِي سُكْنَى الْمَبْتُوتَةِ وَنَفَقَتِهَا، إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةَ، وَهُوَ قَوْلُ الْكُوفِيِّينَ[٢].

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةَ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ[٣]، وَدَاوُدَ، وَأَبِي ثَوْرٍ، وَإِسْحَاقَ وَجَمَاعَةٍ[٤].

وَالثَّالِثُ: أَنَّ لَهَا السُّكْنَى، وَلَا نَفَقَةَ لَهَا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[٥]،

---

(١) وافقه على نقل الإجماع ابن المنذر في «الإجماع» (ص٧١)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٢٩)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٣٧).

(٢) قال المرغيناني: «وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًّا كان أو بائنًا». «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٤٤). وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٨).

(٣) ينظر: «المبدع» (٧/ ١١٢)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٣٦١).

(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٦٧).

(٥) قال ابن شاس: «وأما البائن فلها السكنى، وليس لها نفقة، إلا أن تكون حاملًا». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٧٠). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٨٩).

وَالشَّافِعِيِّ[(١)]، وَجَمَاعَةٍ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ فِي حَدِيثِ [ب/٢٧٧ظ] فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، وَمُعَارَضَةُ ظَاهِرِ الْكِتَابِ لَهُ:

فَاسْتَدَلَّ مَنْ لَمْ يُوجِبْ لَهَا نَفَقَةً وَلَا سُكْنَى:

بِمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: أَنَّهَا قَالَتْ: «طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلَاثًا على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ (فَلَمْ يَجْعَلْ لِي سُكْنَى وَلَا نَفَقَةً»؛ خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ[(٢)].

وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ)[(٣)] - قَالَ: «**إِنَّمَا هي السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِمَنْ لِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ**»[(٤)].

وَهَذَا الْقَوْلُ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَجَابِرِ [أ/٣٢٢ظ] بْنِ عَبْدِ اللهِ[(٥)].

وَأَمَّا الَّذِينَ أَوْجَبُوا لَهَا السُّكْنَى دُونَ النَّفَقَةِ:

فَإِنَّهُمُ احْتَجُّوا بِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ[(٦)]، مِنْ حَدِيثِ فَاطِمَةَ الْمَذْكُورَةِ، وَفِيهِ: فَقَالَ لها رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ**»، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ.

وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ إِسْقَاطَ السُّكْنَى، فَبَقِيَ عَلَى عُمُومِهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

وَعَلَّلُوا أَمْرَهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - [م/١٧٥و] بِأَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ

---

(١) قال الرافعي: «أما البائنة فلها السكنى وليس لها النفقة». «العزيز شرح الوجيز» (١٠/ ٤٠)، وينظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٤٦).

(٢) مسلم (١٤٨٠).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) أخرجه النسائي (٥٥٩٦).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٦٧).

(٦) موطأ مالك (٥١٩).

مَكْتُومٍ لِأَنَّهُ كَانَ فِي لِسَانِهَا بَذَاءٌ(١).

وَأَمَّا الَّذِينَ أَوْجَبُوا لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةَ: فَصَارُوا إِلَى وُجُوبِ السُّكْنَى لَهَا بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]. وَصَارُوا إِلَى وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا، لِكَوْنِ النَّفَقَةِ تَابِعَةً لِوُجُوبِ الْإِسْكَانِ فِي الرَّجْعِيَّةِ وَفِي الْحَامِلِ وَفِي نَفْسِ الزَّوْجِيَّةِ.

(**وَبِالْجُمْلَةِ**: فَحَيْثُمَا وَجَبَتِ)(٢) السُّكْنَى فِي الشَّرْعِ وَجَبَتِ النَّفَقَةُ.

وَلذلك رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ فِي حَدِيثِ فَاطِمَةَ هَذَا: لَا نَدَعُ كِتَابَ نَبِيِّنَا وَسُنَّتَهُ(٣) لِقَوْلِ امْرَأَةٍ(٤)، يُرِيدُ: قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾.

وَلِأَنَّ الْمَعْرُوفَ مِنْ سُنَّتِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ أَنَّهُ أَوْجَبَ النَّفَقَةَ حَيْثُ يَجِبُ السُّكْنَى.

١٧٦٤ فَلِذَلِكَ الْأَوْلَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

إِمَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ لَهَا الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا مَصِيرًا إِلَى ظَاهِرِ الْكِتَابِ وَالْمَعْرُوفِ مِنَ السُّنَّةِ.

وَإِمَّا أَنَّ يُخَصَّصَ هَذَا الْعُمُومُ بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ الْمَذْكُورِ.

وَأَمَّا التَّفْرِيقُ بَيْنَ إِيجَابِ النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى فَعَسِيرٌ، وَوَجْهُ عُسْرِهِ ضَعْفُ دَلِيلِهِ.

١٧٦٥ وَيَنْبَغِي أَنْ تَعْلَمَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ **اتَّفَقُوا**(٥) عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ تَكُونُ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

---

(١) كما في رواية الشافعي في «مسنده» (ص٣٠٢)، وإسحاق بن راهويه في «مسنده» (٢٣٧٨).

(٢) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٣) ليست في (ب).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

(٥) ينظر: «مراتب الإجماع»، لابن حزم (ص٧٥)، «الإقناع»، لابن القطان (٢/ ٣٩).

فِي طَلَاقٍ، أَوْ مَوْتٍ، أَوِ اخْتِيَارِ الْأَمَةِ نَفْسَهَا إِذَا أُعْتِقَتْ.

١٧٦٦ **وَاخْتَلَفُوا** [ب/٢٧٨و] فِيهَا فِي الْفُسُوخِ(١).

وَالْجُمْهُورُ عَلَى وُجُوبِهَا(٢).

وَلَمَّا كَانَ الْكَلَامُ فِي الْعِدَّةِ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامُ عِدَّةِ الْمَوْتِ ـ رَأَيْنَا أَنْ نَذْكُرَهَا هَاهُنَا، فَنَقُولُ:

١٧٦٧ إِنَّ الْمُسْلِمِينَ **اتَّفَقُوا**(٣) عَلَى أَنَّ عِدَّةَ الْحُرَّةِ مِنْ زَوْجِهَا الْحُرِّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، (لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤])(٤).

١٧٦٨ **وَاخْتَلَفُوا** فِي عِدَّةِ الْحَامِلِ، وَفِي عِدَّةِ الْأَمَةِ [أ/٣٢٣و] إِذَا لَمْ تَأْتِهَا حَيْضَتُهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ وَعَشْرٍ(٥)، مَاذَا حُكْمُهَا؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ(٦) إِلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ تَمَامِ هَذِهِ الْعِدَّةِ أَنْ تَحِيضَ حَيْضَةً وَاحِدَةً فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَإِنْ لَمْ تَحِضْ فَهِيَ عِنْدَهُ مُسْتَرَابَةٌ، فَتَمْكُثُ مُدَّةَ الْحَمْلِ.

وَقِيلَ عَنْهُ: إِنَّهَا قَدْ لَا تَحِيضُ، وَلَا تَكُونُ مُسْتَرَابَةً، وَذَلِكَ: إِذَا كَانَتْ عَادَتُهَا فِي الْحَيْضِ أَكْثَرَ مِنْ مُدَّةِ الْعِدَّةِ.

---

(١) في (أ): «المفسوخ».

(٢) ينظر: مذهب الشافعية في «الأم» (٥/ ٣٣٧)، «الحاوي» (١٤/ ٣٣١).
والمالكية في «المدونة» (٢/ ٣٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٨٦).
والحنفية في «المبسوط» (٦/ ٥٥)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٤٢٣).
وقد خالفهم ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٦ ـ ٢٨)، فقال: لا تجب العدة إلا من طلاق، أو وفاة، أو المعتقة إذا اختارت نفسها، وأما سائر وجوه الفسخ، سواء كانت من نكاح صحيح أو نكاح فاسد، فلا عدة في شيء من ذلك.

(٣) وافقه على نقل الإجماع: ابن المنذر في «الأوسط» (٩/ ٥٠٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٧٨)، وابن القيم في «زاد المعاد» (٥/ ٦٦٤).

(٤) ما بين القوسين من (م).

(٥) كذا في (ب) ـ وهو الجادة، وفي بقية النسخ: «وعشرًا»، وقد يتخرَّج على عطف التوهم.

(٦) ينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٧٨)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٧٨).

وَهَذَا إِمَّا غَيْرُ مَوْجُودٍ ـ أَعْنِي: مَنْ تَكُونُ عَادَتُهَا أَنْ تَحِيضَ من أَكْثَر مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ إِلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ـ وَإِمَّا نَادِرٌ(١).

١٧٦٩ **وَاخْتُلِفَ** عَنْهُ فِيمَنْ هَذِهِ حَالُهَا مِنَ النِّسَاءِ إِذَا وُجِدَتْ:

فَقِيلَ: تَنْتَظِرُ حَتَّى تَحِيضَ.

وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ(٢): تَتَزَوَّجُ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَلَمْ يَظْهَرْ بِهَا حَمْلٌ.

وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: أَبِي حَنِيفَةَ(٣)، وَالشَّافِعِيِّ(٤)، وَالثَّوْرِيِّ(٥).

وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

١٧٧٠ وَهِيَ الْحَامِلُ الَّتِي يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ، وَجَمِيعُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٦): عِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، مَصِيرًا إِلَى عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. وَإِنْ كَانَتِ الْآيَةُ فِي الطَّلَاقِ.

---

(١) قال ابن عبد البر: «ليس عليها أكثر من أربعة أشهر وعشر إلا أن تستريب نفسها ريبة بيِّنة لأن هذه المدة لا بد فيها من الحيض في الأغلب من أمر النساء إلا أن تكون المرأة ممن لا تحيض أو ممن عرفت من نفسها أو عُرف منها أن حيضتها لا تأتيها إلا في أكثر من هذه المدة». «الاستذكار» (٧/ ١٧٠).

(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٤٣)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٤٥).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٥)، «تبيين الحقائق» (٦/ ٢٣).

(٤) ينظر: «نهاية المطلب» (١٢/ ٣٥٣).

(٥) قال ابن عبد البر: «الذي عليه مذهب أبي حنيفة والثوري والشافعي وجمهور أهل العلم: أن الأربعة الأشهر والعشر للمتوفى عنها برء، ما لم تسترب نفسها ريبة تنفيها بالحمل؛ فتكون عدتها وضع حملها حينئذٍ؛ دون مراعاة الأربعة الأشهر والعشر». «الاستذكار» (٦/ ١٧٩).

(٦) بل نقل الإجماع: ابن عبد البر في «التمهيد» (١٥/ ١٨)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (٣/ ٦٣٩).

وَأَخَذًا أَيْضًا بِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ: «أَن سُبَيْعَةَ[(١)] الْأَسْلَمِيَّةَ ـ وَلَدَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِنِصْفِ شَهْرٍ، وَفِيهِ: فَجَاءَتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ لَهَا: **قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ**»[(٢)].

وَرَوَى مَالِكٌ[(٣)]، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما أَنَّ عِدَّتَهَا آخِرُ الْأَجَلَيْنِ. يُرِيدُ: أَنَّهَا تَعْتَدُّ بِأَبْعَدِ[(٤)] الْأَجَلَيْنِ:

إِمَّا الْحَمْلُ، وَإِمَّا انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ (عِدَّةِ الْمَوْتِ)[(٥)].

وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ[(٦)] كرَّم الله وجهه.

وَالْحُجَّةُ لَهُمْ: أَنَّ ذَلِكَ هُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ عُمُومِ آيَةِ الْحَوَامِلِ وَآيَةِ الْوَفَاةِ.

الْفَصْلُ الثَّانِي

وَأَمَّا الْأَمَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا:

فَإِنَّهَا لَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً، أَوْ مِلْكَ يَمِينٍ، أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ غَيْرَ أُمِّ وَلَدٍ. [ب/٢٧٨ظ]

١٧٧١ فَأَمَّا الزَّوْجَةُ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[(٧)]: إِنَّ عِدَّتَهَا نِصْفُ عِدَّةِ الْحُرَّةِ قَاسُوا ذَلِكَ عَلَى الْحَدِّ.

---

(١) بسين مهملة مضمومة، ثم باء موحدة مفتوحة، ثم ياء مثناة من تحت ساكنة، ثم عين مهملة، ثم هاء، وهي سبيعة بنت الحارث الأسلمية، كانت امرأة سعد بن خولة رضي الله عنه، فتوفي عنها بمكة في حجة الوداع وهى حامل، فوضعت بعد وفاة زوجها بليال ـ كما في «تهذيب الأسماء»، للنووي (٢/ ٣٤٧).

(٢) أخرجه البخاري (٣٩٩١)، ومسلم (١٤٨٤).

(٣) «الموطأ» (٥٢٣). (٤) في (م): «بأقصى».

(٥) ليس في (م).

(٦) ابن أبي شيبة (٣/ ٥٥٥). ينظر: «الأوسط» (٩/ ٥٢٨).

(٧) قال ابن المنذر: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة الأمة التي =

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: بَلْ عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ، وَكَذَلِكَ عِنْدَهُمْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ؛ مَصِيرًا(١) إِلَى التَّعْمِيمِ(٢).

١٧٧٢ وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ [أ/٣٢٣ظ]:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَحْمَدُ(٥)، وَاللَّيْثُ وَأَبُو ثَوْرٍ(٦)، وَجَمَاعَةٌ: عِدَّتُهَا حَيْضَةٌ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ عُمَرَ(٧).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، وَلَهَا السُّكْنَى.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(٨)، وَالثَّوْرِيُّ(٩): عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَهُوَ قَوْلُ

= ليست بحامل من وفاة الزوج شهران وخمس ليال إلا ما ذكرناه عن ابن سيرين». «الأوسط» (٩/ ٥٥٥).

وقال الجصاص: «وهذا الذي ذكره الله تعالى من العدة ثلاثة قروء، ومرادها مقصورة على الحرة دون الأمة، وذلك أنه لا خلاف بين السلف أن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة». «أحكام القرآن» (١/ ٣٧١).

(١) في (أ): «مشيرًا».

(٢) قال ابن حزم: «وعدة الأمة المتزوجة من الطلاق والوفاة كعدة الحرة سواء سواء ولا فرق». «المحلى بالآثار» (١٠/ ٣٠٦٩)، وروي عن ابن سيرين أنه قال: «ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون مضت في ذلك سنَّة، فإن السُّنَّة أحق أن تتبع». «الأوسط» (٩/ ٥٥٤).

(٣) ينظر: «الرسالة»، للقيرواني (ص١٠٠)، «التلقين» (ص٣٤١)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٦٩)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٦١).

(٤) قال الماوردي: «إذا مات السيد عن أم ولده لزمها أن تستبرئ نفسها بقرء واحد، وكذلك المدبَّرة». «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٢٩)، «النجم الوهاج» (٨/ ١٨٥).

(٥) «مختصر الخرقي» (ص١١٨).

(٦) ينظر: «الأوسط» (١١/ ٢٦٩).

(٧) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢١٨).

(٨) قال السرخسي: «فإن أعتق أم ولده فعليها أن تعتد بثلاث حيض عندنا». «المبسوط» (٥/ ١٧٤). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٩).

(٩) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢١٨).

عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ[(١)].

وَقَالَ قَوْمٌ[(٢)]: عِدَّتُهَا نِصْفُ عِدَّةِ الْحُرَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا.

وَقَالَ قَوْمٌ[(٣)]: عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ: [م/١٧٥ظ] أَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً فَتَعْتَدَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَلَا مُطَلَّقَةً فَتَعْتَدَّ ثَلَاثَ حِيَضٍ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا اسْتِبْرَاءُ رَحِمِهَا، وَذَلِكَ يَكُونُ بِحَيْضَةٍ تَشْبِيهًا بِالْأَمَةِ يَمُوتُ عَنْهَا سَيِّدُهَا، وَذَلِكَ مما لَا خِلَافَ فِيهِ[(٤)].

وَحُجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ عَلَيْهَا ـ وَهِيَ حُرَّةٌ وَلَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ فَتَعْتَدَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَلَا بِأَمَةٍ فَتَعْتَدَّ عِدَّةَ أَمَةٍ، فَوَجَبَ أَنْ تَسْتَبْرِئَ رَحِمَهَا بِعِدَّةِ الْأَحْرَارِ.

أَمَّا الَّذِينَ أَوْجَبُوا لَهَا عِدَّةَ الْوَفَاةِ: فَاحْتَجُّوا بِحَدِيثٍ رُوِيَ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، قَالَ: «لَا تُلَبِّسُوا عَلَيْنَا سُنَّةَ نَبِيِّنَا، عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا سَيِّدُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ»[(٥)]، وَضَعَّفَ أَحْمَدُ هَذَا الْحَدِيثَ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ[(٦)].

وَأَمَّا مَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهَا نِصْفَ عِدَّةِ الْحُرَّةِ، فَتَشْبِيهًا بِالزَّوْجَةِ الْأَمَةِ: وَسَبَبُ الْخِلَافِ أَنَّهَا مَسْكُوتٌ عَنْهَا، وَهِيَ مُتَرَدِّدَةُ الشَّبَهِ بَيْنَ الْأَمَةِ وَالْحُرَّةِ.

---

(١) ينظر: «الأوسط» (١١/ ٢٧١).

(٢) قال به طاوس، وقتادة. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢١٨).

(٣) قال ابن المنذر: «وبه قال سعيد بن المسيب، وأبو عياض، وخلاس بن عمرو، والحسن البصري، وسعيد بن جبير، ومحمد بن سيرين، ومجاهد، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، ويزيد بن عبد الملك. وبه قال الأوزاعي، وإسحاق بن راهويه». «الأوسط» (٩/ ٥٤٧).

(٤) نقل الإجماع: ابن عبد البر «الاستذكار» (٦/ ٢١٩)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٥١)، وابن عابدين في «الحاشية» (٥/ ١٨٣).

(٥) أخرجه أحمد (١٧٨٠٣)، وأبو داود (٢٣٠٨)، وابن ماجه (٢٠٨٣).

(٦) فقد قال: حديث منكر. وقال في موضع: ضعيف لا يصح. ينظر: «مسائل الإمام أحمد لابنه صالح» (٤٩٧)، «العلل» ـ رواية عبد الله (٢٦٥٦)، «الجامع لعلوم الإمام أحمد ـ علل الحديث» (١٤/ ٢٨).

١٧٧٣ وَأَمَّا مَنْ شَبَّهَهَا بِالزَّوْجَةِ الْأَمَةِ: فَضَعِيفٌ، وَأَضْعَفُ مِنْهُ مَنْ شَبَّهَهَا بِعِدَّةِ الْحُرَّةِ الْمُطَلَّقَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ(١).

الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْمُتْعَةِ

١٧٧٤ وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْمُتْعَةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً فِي كُلِّ مُطَلَّقَةٍ.

وَقَالَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ: هِيَ وَاجِبَةٌ فِي كُلِّ مُطَلَّقَةٍ(٢).

وَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا، وَلَيْسَتْ وَاجِبَةً، (وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٣)).

١٧٧٥ وَالَّذِينَ قَالُوا بِوُجُوبِهَا فِي بَعْضِ [ب/٢٧٩و] الْمُطَلَّقَاتِ:

اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): هِيَ وَاجِبَةٌ)(٥) عَلَى مَنْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا مُسَمًّى.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٦): هِيَ وَاجِبَةٌ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ، إِذَا كَانَ (الْفِرَاقُ مِنْ قِبَلِهِ - إِلَّا الَّتِي سُمِّيَ)(٧) لَهَا، وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ.

---

(١) «المبسوط» (٥/ ١٧٤)، «الهداية» (٢/ ٢٩).

(٢) «المحلى»، لابن حزم (٩/ ٣٩٥). وقال بذلك: علي بن أبي طالب رضي الله عنه، والحسن البصري، وسعيد بن جبير، وأبي قلابة، والزهري، والضحاك بن مزاحم، وقتادة. ينظر: «الأوسط» (٩/ ٤٣٤).

(٣) قال المواق: «وهي مستحبة ومشروعيتها لجبر قلب المرأة من فجيعة الطلاق». «التاج والإكليل» (٤/ ١٠٥)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٢/ ٦١٦).

(٤) قال السرخسي: «لا تجب المتعة إلا لمطلقة واحدة، وهي المطلقة قبل المسيس والفرض». «المبسوط» (٦/ ٦١)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٤٥).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) ينظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٦٣٦)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٢٠).

وعند الحنابلة تجب المتعة في لكل زوجة مفوضة مهرها، وطلقت قبل الدخول، وقبل أن يفرض لها مهر. ينظر: «كشاف القناع» (٥/ ١٥٨).

(٧) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وتَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴿٤٩﴾﴾ [أ/ ٣٢٤و] [الأحزاب: ٤٩]. فَاشْتَرَطَ الْمُتْعَةَ مَعَ عَدَمِ الْمَسِيسِ، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فَعُلِمَ أَنَّهُ لَا مُتْعَةَ لَهَا مَعَ التَّسْمِيَةِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِبْ لَهَا الصَّدَاقُ، فَأَحْرَى أَنْ لا تَجِبَ لَهَا الْمُتْعَةُ!

١٧٧٦ **وَهَذَا لَعَمْرِي مُخْتَلٌّ**، لِأَنَّهُ حَيْثُ لَمْ يَجِبْ لَهَا الصَدَاق - أُقِيمَتِ الْمُتْعَةُ مَقَامَهُ، وَحَيْثُ رَدَّتْ مِنْ يَدِهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ، لَمْ يَجِبْ لَهَا شَيْءٌ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَحَمَلَ الْأَوَامِرَ الْوَارِدَةَ بِالْمُتْعَةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، عَلَى الْعُمُومِ فِي كُلِّ مُطَلَّقَةٍ، إِلَّا الَّتِي سُمِّيَ لَهَا وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَأَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ: فَحَمَلُوا الْأَمْرَ عَلَى الْعُمُومِ.

١٧٧٧ وَالْجُمْهُورُ(١) عَلَى أَنَّ الْمُخْتَلِعَةَ لَا مُتْعَةَ لَهَا؛ لِكَوْنِهَا مُعْطِيَةً مِنْ يَدِهَا، كَالْحَالِ فِي الَّتِي طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَبَعْدَ فَرْضِ الصَّدَاقِ.

وَأَهْلُ الظَّاهِرِ يَقُولُونَ: هُوَ شَرْعٌ، فَتَأْخُذُ وَتُعْطِي(٢).

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَإِنَّما حَمَلَ الْأَمْرَ بِالْمُتْعَةِ عَلَى النَّدْبِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي آخِرِ الْآيَةِ: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة: ٢٣٦]؛ أَيْ: عَلَى الْمُتَفَضِّلِينَ الْمُتَجَمِّلِينَ، وَمَا كَانَ مِنْ بَابِ الْإِجْمَالِ وَالْإِحْسَانِ فَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

١٧٧٨ **وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُطَلَّقَةِ الْمُعْتَدَّةِ هَلْ عَلَيْهَا إِحْدَادٌ؟**

---

(١) تقدم بيان أن المختلعة ليست من أصناف المطلقات التي تجب لهن المتعة عند الأئمة الأربعة.

(٢) وهو قول عطاء بن أبي رباح، وإبراهيم النخعي، والزهري. ينظر: «الأوسط» (٩/ ٤٤٠).

فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَيْهَا إِحْدَادٌ[١].

بَابٌ فِي بَعْثِ الْحَكَمَيْنِ

١٧٧٩ اتَّفَقَ[٢] الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ بَعْثِ الْحَكَمَيْنِ، إِذَا وَقَعَ الشِّقَاقُ (بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَجُهِلَتْ أَحْوَالُهُمَا فِي التَّشَاجُرِ - أَعْنِي: الْمُحِقَّ مِنَ الْمُبْطِلِ -)[٣]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء: ٣٥] الْآيَةَ. [ب/ ٢٧٩ظ]

١٧٨٠ وَأَجْمَعُوا[٤] (عَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ)[٥] لَا يَكُونَانِ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ، وَالْآخَرُ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ، إِلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ فِي أَهْلِهِمَا مَنْ يَصْلُحُ لِذَلِكَ فَيُرْسَلُ [م/ ١٧٦و] مِنْ غَيْرِهِمَا.

١٧٨١ وَأَجْمَعُوا[٦] عَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا لَمْ يَنْفُذْ قَوْلُهُمَا.

١٧٨٢ وأَجْمَعُوا[٧] عَلَى أَنَّ قَوْلَهُمَا فِي الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَافِذٌ بِغَيْرِ تَوْكِيلٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ.

١٧٨٣ وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْرِيقِ الْحَكَمَيْنِ بَيْنَهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ، هَلْ يُحْتَاجُ إِلَى إِذْنٍ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ لَا يُحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ؟

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٢)، «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٧٩٩).

(٢) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٨٣)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٢٤).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٨٣)، وابن بطال في «شرح صحيح البخاري» (٧/ ٤٢٥)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٢٩).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٨٣)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٢٩).

(٧) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ١٨٣).

فَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[(١)]: يَجُوزُ قَوْلُهُمَا فِي الْفُرْقَةِ [أ/ ٣٢٤ظ] وَالِاجْتِمَاعِ بِغَيْرِ تَوْكِيل من الزَّوْجَيْنِ، وَلَا إِذْنٍ مِنْهُمَا فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ ـ وَأَصْحَابُهُم[(٣)]: لَيْسَ لَهُمَا أَنْ يُفَرِّقَا، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ الزَّوْجُ لهما التَّفْرِيقَ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ: مَا رَوَاهُ مِنْ ذَلِكَ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ـ كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ ـ أَنَّهُ قَالَ فِي الْحَكَمَيْنِ: (إِلَيْهِمَا[(٤)] الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَالْجَمْعُ[(٥)]).

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ بِيَدِ أَحَدٍ سِوَى الزَّوْجِ أَوْ مَنْ يُوَكِّلُهُ الزَّوْجُ.

١٧٨٤ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي الْحَكَمَيْنِ)[(٦)] يُطَلِّقَانِ ثَلَاثًا:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: تَكُونُ وَاحِدَةً.

وَقَالَ أَشْهَبُ، وَالْمُغِيرَةُ[(٧)]: تَكُونُ ثَلَاثًا إِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا[(٨)].

---

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٩٦)، «شرح مختصر خليل» (٤/ ١١)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٣٤٦).

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» (٧/ ٣٧١)، «مغني المحتاج» (٤/ ٤٢٩).

(٣) قال الطحاوي: «وليس للحكمين في الشقاق أن يفرِّقا؛ إلا أن يجعل ذلك إليهما الزوجان». «شرح مختصر الطحاوي»، للجصَّاص (٤/ ٤٥٦). وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٤)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥).

(٤) من هنا يبدأ خرم في (م).

(٥) أخرجه مالك (٢١٦٩).

(٦) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (م).

(٧) يعني: المغيرة بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن عبد الله بن عباس بن أبي ربيعة المخزومي. وهو فقيه أهل المدينة بعد مالك بن أنس، وعرض عليه أمير المؤمنين الرشيد القضاء بالمدينة على جائزة أربعة آلاف دينار، فامتنع. وتوفي المغيرة سنة ست وثمانين ومئة. «تاريخ الإسلام»، للذهبي (٣/ ٣١٩)، «شجرة النور الزكية في طبقات المالكية» (١/ ٤٨).

(٨) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٨٤)، والمعتمد عند المتأخرين أنه يكون طلقة واحدة بائنة. ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٧)، «مواهب الجليل» (٤/ ١٧).

وَالْأَصْلُ: أَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِ الرَّجُلِ - إِلَّا أَنْ يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ.

وَقَدِ احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ بِمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَلِيٍّ هَذَا: أَنَّهُ قَالَ لِلْحَكَمَيْنِ: هَلْ تَدْرِيَانِ مَا عَلَيْكُمَا؟ إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمَعْتُمَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا فَرَّقْتُمَا، فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: رَضِيتُ بِكِتَابِ اللهِ تَعَالَى وَبِمَا فِيهِ لِي وَعَلَيَّ، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَمَّا الْفُرْقَةُ فَلَا، فَقَالَ عَلِيٌّ: لَا وَاللهِ؛ لَا تَنْقَلِبُ حَتَّى تُقِرَّ بِمِثْلِ مَا أَقَرَّتْ بِهِ الْمَرْأَةُ(١)، قَالَ: فَاعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ إِذْنَهُ.

وَمَالِكٌ يُشَبِّهُ الْحَكَمَيْنِ بِالسُّلْطَانِ، وَالسُّلْطَانُ يُطَلِّقُ فِي الضَّرَرِ (إِنْ ثَبَتَ)(٢) عِنْدَهُ.

(تَمَّ كِتَابُ الطَّلَاقِ، بِحَمْدِ اللهِ)(٣).

---

(١) أخرجه النسائي (٤٦٧٨)، والدارقطني (١٨٩)، وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣١): «إسناده صحيح».

(٢) من (م).

(٣) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[1]

كِتَابُ الْإِيلَاءِ

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

وَالْإِيلَاءُ: هُوَ أَنْ يَحْلِفَ أَنْ لَا يَطَأَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ، إِمَّا مُدَّةً هِيَ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، أَوْ [ب/ ٢٨٠و] بِإِطْلَاقٍ، عَلَى الِاخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي ذَلِكَ فِيمَا بَعْدُ.

١٧٨٥ وَاخْتَلَفَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ فِي الْإِيلَاءِ فِي مَوَاضِعَ:

فَمِنْهَا: هَلْ تُطَلَّقُ الْمَرْأَةُ بِانْقِضَاءِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ الْمَضْرُوبَةِ بِالنَّصِّ لِلْمُولِي، أَمْ إِنَّمَا تُطَلَّقُ بِأَنْ يُوقَفَ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ فَإِمَّا فَاءَ وَإِمَّا طَلَّقَ؟

وَمِنْهَا: هَلِ الْإِيلَاءُ يَكُونُ بِكُلِّ يَمِينٍ، أَمْ بِالْأَيْمَانِ الْمُبَاحَةِ فِي الشَّرْعِ فَقَطْ؟

وَمِنْهَا: إِن أَمْسَكَ عَنِ الْوَطْءِ بِغَيْرِ [أ/ ٣٢٥و] يَمِينٍ هَلْ يَكُونُ مُولِيًا أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: هَلِ الْمُولِي هُوَ الَّذِي قَيَّدَ يَمِينَهُ بِمُدَّةٍ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَطْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ؟ أَوِ الْمُولِي هُوَ الَّذِي لَمْ يُقَيِّدْ يَمِينَهُ بِمُدَّةٍ أَصْلًا؟

وَمِنْهَا: هَلْ (طَلَاقُ الْإِيلَاءِ)[2] بَائِنٌ أَوْ رَجْعِيٌّ؟

وَمِنْهَا: إِنْ أَبَى[3] الطَّلَاقَ وَالْفَيْءَ هَلْ يُطَلِّقُ الْقَاضِي عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: هَلْ يَتَكَرَّرُ الْإِيلَاءُ إِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا مِنْ غَيْرِ إِيلَاءٍ حَادِثٍ فِي الزَّوَاجِ الثَّانِي؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٣) مكانها بياض في (م).

وَمِنْهَا: هَلْ مِنْ شَرْطِ رَجْعَةِ الْمُولِي أَنْ يَطَأَها فِي الْعِدَّةِ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: هَلْ إِيلَاءُ الْعَبْدِ حُكْمُهُ حكم إِيلَاءِ الْحُرِّ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: هَلْ إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ يَلْزَمُهَا عِدَّةٌ أَمْ لَا؟

فَهَذِهِ هِيَ مَسَائِلُ الْخِلَافِ الْمَشْهُورَةُ فِي الْإِيلَاءِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ، الَّتِي تَتَنَزَّلُ مِنْ هَذَا الْبَابِ مَنْزِلَةَ الْأُصُولِ، وَنَحْنُ نَذْكُرُ خِلَافَهُمْ فِي مَسْأَلَةٍ مَسْأَلَةٍ مِنْهَا، وَعُيُونَ أَدِلَّتِهِمْ، وَأَسْبَابَ خِلَافِهِمْ عَلَى مَا قَصَدْنَا.

١٧٨٦ الْمَسْأَلَةُ الأُولَى:

أَمَّا اخْتِلَافُهُمْ هَلْ تُطَلَّقُ بِانْقِضَاءِ أَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ نَفْسِهَا، أَمْ لَا تُطَلَّقُ وَإِنَّمَا الْحُكْمُ أَنْ يُوقَفَ؛ فَإِمَّا [م/١٧٦ظ] فَاءَ وَإِمَّا طَلَّقَ؟

فَإِنَّ مَالِكًا(١)، وَالشَّافِعِيَّ(٢)، وَأَحْمَدَ(٣)، وَأَبَا ثَوْرٍ(٤)، وَدَاوُدَ(٥)، وَاللَّيْثَ(٦) ذَهَبُوا إِلَى أَنَّهُ يُوقَفُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ: فَإِمَّا فَاءَ وَإِمَّا طَلَّقَ.

وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ(٧)، وَإِنْ كَانَ قَدْ رُوِيَ عَنْهُمَا غَيْرُ ذَلِكَ، لَكِنَّ الصَّحِيحَ هُوَ هَذَا(٨).

---

(١) ينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤١٤)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٤٧).

(٢) ينظر: «تحفة المحتاج» (٨/ ١٧٢)، «مغني المحتاج» (٥/ ٢٥).

(٣) ينظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٤٩٥)، «الإقناع»، للحجاوي (٤/ ٨٠).

(٤) قال ابن المنذر: «قال أبو ثور: إذا كان به عذر لم يوقف، وإنما يوقف إذا تعذر الفيء، فإن كان لا يقدر من مرض أو علة لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائبًا». «الأوسط» (٩/ ٣٥٦).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٣٧).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٧).

(٧) ينظر: «الأوسط» (٩/ ٣٥٩).

(٨) قال ابن عبد البر: «أما علي رضي الله عنه فالصحيح من رأيه ومذهبه ما رواه مالك عنه من القول بوقف المولي، وقد روي عنه أن المولي تبين منه امرأته بانقضاء الأربعة الأشهر ولا يصح ذلك عنه». «الاستذكار» (٦/ ٢٦).

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(١)، وَالثَّوْرِيُّ(٢)، وَبِالْجُمْلَةِ الْكُوفِيُّونَ(٣) إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بِانْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ إِلَّا أَنْ يَفِيءَ فِيهَا.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ(٤)، وَجَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ(٥).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٢٢٦﴾ [البقرة: ٢٢٦]؛ أَيْ: فَإِنْ فَاءُوا قَبْلَ انْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ [ب/ ٢٨٠ظ] أَوْ بَعْدَهَا؟ فَمَنْ فَهِمَ مِنْهُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا(٦) قَالَ: يَقَعُ الطَّلَاقُ.

وَمَعْنَى الْعَزْمِ عِنْدَهُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝٢٢٧﴾ [البقرة: ٢٢٧] أَنْ لَا يَفِيءَ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْمُدَّةُ.

فَمَنْ فَهِمَ مِن اشْتِرَاطِ الْفَيْئَةِ اشْتِرَاطَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، قَالَ: مَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾؛ أَيْ: بِاللَّفْظِ ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝٢٢٧﴾. [أ/ ٣٢٥ظ]

وَلِلْمَالِكِيَّةِ فِي الْآيَةِ أَرْبَعَةُ أَدِلَّةٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ جَعَلَ مُدَّةَ التَّرَبُّصِ حَقًّا لِلزَّوْجِ دُونَ الزَّوْجَةِ، فَأَشْبَهَتْ مُدَّةَ الْأَجَلِ فِي الدُّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ.

الدَّلِيلُ الثَّانِي: أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى فِعْلِهِ.

وَعِنْدَهُمْ لَيْسَ يَقَعُ مِنْ فِعْلِهِ إِلَّا تَجَوُّزًا - أَعْنِي: لَيْسَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ عَلَى مَذْهَبِ الْحَنَفِيَّةِ إِلَّا تَجَوُّزًا - وَلَيْسَ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ عَنِ الظَّاهِرِ إِلَّا بِدَلِيلٍ(٧).

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٧٢)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٦٢).

(٢) ينظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ٢٨٠).

(٣) في (م): (وجملة الكوفيين).

(٤) ينظر: «الأوسط» (٩/ ٣٥٨).

(٥) مثل عكرمة، وجابر بن زيد، ومسروق، والحسن البصري، وعطاء بن أبي رباح، وقبيصة بن ذؤيب، والنخعي، والأوزاعي، وابن أبي ليلى. ينظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ٢٨٠).

(٦) في (م): «انقضاء المدة».

(٧) قال القاضي عبد الوهاب: «أنه تعالى أضاف مدة التربص إلى الزوج وجعلها حقًّا له، =

الثَّالِثُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٧] قَالُوا: فَهَذَا يَقْتَضِي وُقُوعَ الطَّلَاقِ عَلَى وَجْهٍ يُسْمَعُ، وَهُوَ وُقُوعُهُ بِاللَّفْظِ، لَا بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ.

الرَّابِعُ: أَنَّ الْفَاءَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦] ظَاهِرَةٌ فِي مَعْنَى التَّعْقِيبِ؛ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْفَيْئَةَ بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَرُبَّمَا شَبَّهُوا هَذِهِ الْمُدَّةَ (بِمُدَّةِ الْعِتْقِ[(١)].

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَإِنَّهُ اعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ تَشْبِيهَ هَذِهِ الْمُدَّةِ)[(٢)] بِالْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، إِذْ كَانَتِ الْعِدَّةُ إِنَّمَا شُرِعَتْ، لِئَلَّا يَقَعَ مِنْهُ نَدَمٌ.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَشَبَّهُوا الْإِيلَاءَ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، وَشَبَّهُوا هذه الْمُدَّةَ بِالْعِدَّةِ - وَهُوَ شَبَهٌ قَوِيٌّ.

وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[(٣)].

= وما كان حقًّا للإنسان لم يكن محلًّا لوجوب حق عليه، كالآجال في الديون وغيرها.
والثاني: أن الله تعالى أضاف الفيء وجعل الطلاق إلى المولي، فقال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فدل أنهما متعلقان بفعله، وعندهم لا تأثير لفعله في وقوع الطلاق، حتى لو نسي الفيء وانقضت المدة لوقع الطلاق». «الإشراف على نكت الخلاف» (٢/ ٧٦١).

(١) في (ب): «العنة».
(٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(٣) قال الكاساني: «ولنا: أن الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق من يوم أو ساعة، فلا تجوز الزيادة إلا بدليل، ولهذا لما جعل الشرع لسائر المدة التي بين الزوجين مقدارًا معلومًا من المدة، ومدة العنِّين لم تحتمل الزيادة على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق؛ ولأن الفيء نقض اليمين، ونقضها حرام في الأصل، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾ [النحل: ٩١]، إلا أنه ثبت الإطلاق في المدة بقراءة عبد الله بن مسعود، وأبي بن كعب رضي الله عنهما ﴿فإن فاءوا فيهن﴾، فبقي النقض حرامًا فيما وراءها، فلا يحل الفيء فيما وراءها فلزم القول بالفيء في المدة، وبوقوع الطلاق بعد مضيها؛ ولأن الإيلاء كان طلاقًا معجلًا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقًا مؤجلًا، والطلاق المؤجل يقع نفس انقضاء =

1787 **الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:**

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي الْيَمِينِ الَّتِي يَكُونُ بِهَا الْإِيلَاءُ:

فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ: يَقَعُ الْإِيلَاءُ بِكُلِّ يَمِينٍ[(١)].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]: لَا يَقَعُ الإيلاء إِلَّا بِالْأَيْمَانِ الْمُبَاحَةِ فِي الشَّرْعِ، وَهِيَ الْيَمِينُ بِاللهِ، أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ.

فَمالكٌ اعْتَمَدَ الْعُمُومَ ـ أَعْنِي: عُمُومَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

وَالشَّافِعِيُّ شَبَّهَ الْإِيلَاءَ بِيَمِينِ الْكَفَّارَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ (كِلتَا الْيَمِينَيْنِ)[(٣)] ترَتَّب عَلَيْهِمَا (حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْيَمِينُ الَّتِي تَرَتَّبَ عَلَيْه حُكْمُ الْإِيلَاءِ هِيَ الْيَمِينُ الَّتِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا)[(٤)] الْحُكْمُ الَّذِي هُوَ الْكَفَّارَةُ.

1788 **الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:**

وَأَمَّا لُحُوقُ حُكْمِ الْإِيلَاءِ لِلزَّوْجِ إِذَا تَرَكَ الْوَطْءَ بِغَيْرِ يَمِينٍ: فَإِنَّ الْجُمْهُورَ[(٥)] عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ حُكْمُ الْإِيلَاءِ بِغَيْرِ يَمِينٍ. [ب/٢٨١و]، وَمَالِكٌ يُلْزِمُهُ، وَذَلِكَ إِذَا قَصَدَ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِ الْوَطْءِ[(٦)]، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى ذَلِكَ:

= الأجل من غير إيقاع أحد بعده كما إذا قال لها: أنت طالق رأس الشهر». «بدائع الصنائع» (٣/ ١٧٦).

(١) قال في «التلقين» (ص٣٣٥): «والإيلاء الشرعي: هو الذي يلزم فيه الوقف، وهو أن يحلف بيمين يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أو ما يتضمن ترك الوطء، زيادة على أربعة أشهر». وينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ٨٩).

(٢) وهو قوله القديم، والجديد انعقاد الإيلاء بكل يمين. ينظر: «منهاج الطالبين» (ص٢٤٣)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٤٤).

(٣) في (م): «كل يمين».

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) ينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦١)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٦٠).

(٦) ينظر: «مواهب الجليل» (٤/ ١٠٨).

فَالْجُمْهُورُ: اعْتَمَدُوا الظَّاهِرَ.

وَمَالِكٌ: اعْتَمَدَ (الْمَعْنَى، لِأَنَّ الْحُكْمَ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِاعْتِقَادِهِ تَرْكَ الْوَطْءِ، وَسَوَاءٌ شَدَّ ذَلِكَ الِاعْتِقَادَ)[١] بِيَمِينٍ أَوْ بِغَيْرِ يَمِينٍ، لِأَنَّ الضَّرَرَ يُوجَدُ فِي الْحَالَتَيْنِ جَمِيعًا.

١٧٨٩ الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ:

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ:

فَإِنَّ مَالِكًا وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ يَرَى أَنَّ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ أَكْثَرَ [أ/٣٢٦و] مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، إِذْ كَانَ الْفَيْءُ عِنْدَهُ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ[٢].

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ[٣] فَإِنَّ مُدَّةَ الْإِيلَاء عِنْدَهُ هِيَ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُر فَقَطْ، إِذْ كَانَ الْفَيْءُ عِنْدَهُ إِنَّمَا هُوَ فِيهَا؛ وَذَهَبَ الْحَسَنُ وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[٤] إِلَى أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ وَقْتًا مَا، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ كَانَ مُولِيًا، يُضْرَبُ لَهُ الْأَجَلُ إِلَى انْقِضَاءِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ مِنْ وَقْتِ الْيَمِينِ.

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ الْمُولِيَ هُوَ مَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يُصِيبَ امْرَأَتَهُ عَلَى التَّأْبِيدِ.

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمُدَّةِ: إِطْلَاقُ الْآيَةِ.

فَاخْتِلَافُهُمْ فِي وَقْتِ الْفَيْءِ، وصِفَةِ الْيَمِينِ وَمُدَّتِهِ: هُوَ كَوْنُ الْآيَةِ عَامَّةً فِي هَذِهِ الْمَعَانِي أَوْ مُجْمَلَةً.

وَكَذَلِكَ اخْتِلَافُهُمْ فِي صِفَةِ الْمُولِي وَالْمُولَى مِنْهَا، وَنَوعٍ[٥] من الطَّلَاقِ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَعْدُ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤١٧)، «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ١٢١).
(٣) ينظر: «مختصر القدوري» (ص١٦١)، «الدر المختار» (٣/ ٤٢٤).
(٤) ينظر: «المقدمات الممهدات» (١/ ٦٢٨).
(٥) في (أ): «وقوع».

وَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ: فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: هُوَ سَبَبُ السُّكُوتِ [م/١٧٧و] عَنْهَا. وَهَذِهِ هِيَ أَرْكَانُ الْإِيلَاءِ ـ أَعْنِي: مَعْرِفَةَ نَوْعِ الْيَمِينِ، وَوَقْتِ الْفَيْءِ[١] وَالْمُدَّةِ وَصِفَةِ الْمُولِي والْمُولَى مِنْهَا، وَنَوْعِ الطَّلَاقِ الْوَاقِعِ فِيهِ.

١٧٩٠ **الْمَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ:**

وأَمَّا الطَّلَاقُ الَّذِي يَقَعُ بِالْإِيلَاءِ: فَعِنْدَ مَالِكٍ[٢]، وَالشَّافِعِيِّ[٣] أَنَّهُ رَجْعِيٌّ، لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ طَلَاقٍ وَقَعَ بِالشَّرْعِ؛ أَنَّهُ يجب أن يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ رَجْعِيٌّ، إِلَى أَنْ يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ بَائِنٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]، والثوري[٥]: هُوَ بَائِنٌ، قالوا: وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا لَمْ يَزُلِ الضَّرَرُ عَنْهَا بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُجْبِرُهَا عَلَى الرَّجْعَةِ.

فَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ: مُعَارَضَةُ الْمَصْلَحَةِ الْمَقْصُودَةِ بِالْإِيلَاءِ لِلْأَصْلِ الْمَعْرُوفِ فِي الطَّلَاقِ، فَمَنْ غَلَّبَ الْأَصْلَ قَالَ: رَجْعِيٌّ، وَمَنْ غَلَّبَ الْمَصْلَحَةَ قَالَ: بَائِنٌ.

١٧٩١ **الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ:**

[ب/٢٨١ظ] وَأَمَّا هَلْ يُطَلِّقُ الْقَاضِي عَلَيهِ[٦] إِذَا أَبَى الْفَيْءَ أَوِ الطَّلَاقَ أَوْ

---

(١) في (م): «اليمين».

(٢) قال النفراوي: «فإن لم يطلقها فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم، قولان، وتقع عليه طلقة رجعية». «الفواكه الدواني» (٢/ ٤٧)، «حاشية العدوي» (٢/ ١٠٣).

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٨٦)، «منهاج الطالبين» (ص٢٤٤).
وهو مذهب الحنابلة أن الطلاق يقع رجعيًا. ينظر: «الفروع» (٩/ ٢١٨)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ١٨٩).

(٤) قال السمرقندي: «إذا ثبت هذا فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين ولم يقربها تقع تطليقة بائنة عندنا». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٠٥)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٥٩).

(٥) المثبت من (م)، وهو الصواب ـ كما في «الاستذكار» (٦/ ٣٨).
والذي في سائر النسخ: (وأبو ثور)، وهو خطأٌ، بل مذهبه: أنها طلقة رجعية. ينظر: «الاستذكار» أيضًا (٦/ ٣٧).

(٦) من (م).

يُحْبَسُ حَتَّى يُطَلِّقَ: فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ: يُطَلِّقُ الْقَاضِي عَلَيْهِ[(١)].

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ[(٢)]: يُحْبَسُ حَتَّى يُطَلِّقَهَا بِنَفْسِهِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ الْأَصْلِ الْمَعْرُوفِ فِي الطَّلَاقِ لِلْمَصْلَحَةِ[(٣)].

فَمَنْ رَاعَى الْأَصْلَ الْمَعْرُوفَ فِي الطَّلَاقِ، قَالَ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجِ.

وَمَنْ رَاعَى الضَّرَرَ الدَّاخِلَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى النِّسَاءِ، قَالَ: يُطَلِّقُ السُّلْطَانُ. وَهُوَ نَظَرٌ إِلَى الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي يُعْرَفُ بِالْقِيَاسِ [أ/٣٢٦ظ] الْمُرْسَلِ، وَالْمَنْقُولُ عَنْ مَالِكٍ الْعَمَلُ بِهِ، وَكَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ يَأْبَى ذَلِكَ.

١٧٩٢ **الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ:**

وَأَمَّا هَلْ يَتَكَرَّرُ الْإِيلَاءُ إِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا؟

فَإِنَّ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا رَاجَعَهَا فَلَمْ يَطَأْهَا تَكَرَّرَ الْإِيلَاءُ عَلَيْهِ، وَهَذَا عِنْدَهُ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالْبَائِنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الطَّلَاقُ الْبَائِنُ يُسْقِطُ الْإِيلَاءَ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ[(٤)]، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ[(٥)] وَجَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ الْإِيلَاءَ لَا يَتَكَرَّرُ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَّا بِإِعَادَةِ الْيَمِينِ.

---

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٠).

(٢) هي رواية عن أحمد، قال في «المغني» (٨/ ٥٤٢): «وعن أحمد رواية أخرى: ليس للحاكم الطلاق عليه؛ لأن ما خيِّر الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان، فعلى هذا يحبسه ويضيِّق عليه حتى يفيء أو يطلق».

(٣) ليست في (أ)، وأشار على حاشية (ب): أن الظاهر: «للمصلحة العامة».

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣٨١)، «تحفة المحتاج» (٨/ ١٧٣).

(٥) «مختصر المزني»: (٨/ ٣٠٤).

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: مُعَارَضَةُ الْمَصْلَحَةِ لِظَاهِرِ شَرْطِ الْإِيلَاءِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَا إِيلَاءَ فِي الشَّرْعِ، إِلَّا حَيْثُ يَكُونُ يَمِينٌ فِي ذَلِكَ النِّكَاحِ بِنَفْسِهِ لَا فِي نِكَاحٍ آخَرَ، وَلَكِنْ إِنْ رَاعَيْنَا هَذَا وُجِدَ الضَّرَرُ الْمَقْصُودُ إِزَالَتُهُ بِحُكْمِ الْإِيلَاءِ، وَلِذَلِكَ رَأَى مَالِكٌ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِحُكْمِ الْإِيلَاءِ بِغَيْرِ يَمِينٍ إِذَا وُجِدَ مَعْنَى الْإِيلَاءِ.

[١٧٩٣] الْمَسْأَلَةُ الثَّامِنَةُ:

وَأَمَّا هَلْ يَلْزَمُ الزَّوْجَةَ الْمُولَى مِنْهَا عِدَّةٌ أَوْ لَيْسَ يَلْزَمُهَا؟

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ تَلْزَمُهَا.

وَقَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ: (لَا تَعْتَدُّ إِذَا كَانَتْ قَدْ حَاضَتْ فِي مُدَّةِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ثَلَاثَ حِيَضٍ.

وَقَالَ بِقَوْلِهِ طَائِفَةٌ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنِ)[١] ابْنِ عَبَّاسٍ[٢].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) كما في «الاستذكار»، ونصّه (٦/ ٣٩): «كل الفقهاء ـ فيما علمت ـ يقولون إنها تعتد بعد الطلاق عدة المطلقة إلا جابر بن زيد فإنه يقول لا تعتد ـ يعني ـ إذا كانت قد حاضت ثلاث حيض في الأربعة الأشهر. وقال بقوله طائفة. وكان الشافعي يقول ذلك في (القديم)، ثم رجع عنه في (الجديد).

وقد روي عن ابن عباس نحوه، رواه أبو عوانة عن قتادة ـ قال: كنت عند سليمان بن هشام وعنده الزهري، فسألوه عن الإيلاء؟ فقال الزهري: إذا مضت أربعة أشهر فواحدة وهو أحق بها.

فقلت له: ما قلت بقول علي ولا بقول ابن مسعود ولا بقول ابن عباس ولا بقول أبي الدرداء!

فقال سليمان بن هشام: ما قال هؤلاء؟

قلت: كان علي يقول: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة لا يخطبها زوجها ولا غيره حتى تنقضي عدتها.

وقال ابن مسعود: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة يخطبها زوجها في العدة ولا يخطبها غيره. =

وَحُجَّتُهُ: أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا وُضِعَتْ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ، وَهَذِهِ قَدْ حَصَلَتْ لَهَا الْبَرَاءَةُ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ، فَوَجَبَ أَنْ تَعْتَدَّ كَسَائِرِ الْمُطَلَّقَاتِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: أَنَّ الْعِدَّةَ جَمَعَتْ عِبَادَةً وَمَصْلَحَةً:

فَمَنْ لَحَظَ جَانِبَ الْمَصْلَحَةِ لَمْ يَرَ عَلَيْهَا عِدَّةً، وَمَنْ لَحَظَ جَانِبَ الْعِبَادَةِ أَوْجَبَ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ.

١٧٩٤ الْمَسْأَلَةُ التَّاسِعَةُ:

وَأَمَّا إِيلَاءُ الْعَبْدِ:

فَإِنَّ مَالِكًا(١) قَالَ: إِيلَاءُ الْعَبْدِ شَهْرَانِ، عَلَى النِّصْفِ مِنْ إِيلَاءِ الْحُرِّ، قِيَاسًا عَلَى حُدُودِهِ وَطَلَاقِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ(٣): إِيلَاؤُهُ مِثْلُ إِيلَاءِ الْحُرِّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ؛ تَمَسُّكًا [ب/ ٢٨٢و] بِالْعُمُومِ.

= وقال ابن عباس: ما لكم تقولون عليها إذا مضت أربعة أشهر، وقد حاضت فيها ثلاث حيض تزوجت من شاءت.

وقال أبو الدرداء: إذا مضت أربعة أشهر يوقف فإن شاء طلق وإن شاء فاء.

قال أبو عمر: الصحيح عن علي مثل قول أبي الدرداء هذا، ولا يصح عنه ما حكاه قتادة.

وقتادة حافظ مدلس يروي عمن لم يسمع منه، ويرسل عنه ما سمعه من ثقة وغير ثقة».

(١) ينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ٩٠)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٤٧).

(٢) قال الماوردي: «مدة الوقف في الإيلاء مقدرة بأربعة أشهر مع الحر والعبد في الحرة والأمة». «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣٨٣). وينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٤٧).

(٣) قال ابن حزم: «والعبد والحر في الإيلاء كل واحد منهما من زوجته الحرة أو الأمة المسلمة أو الذمية الكبيرة أو الصغيرة سواء». «المحلى بالآثار» (١٠/ ٤٨).

وَالظَّاهِرُ أَنَّ تَعَلُّقَ الْأَيْمَانِ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدِ سَوَاءٌ، وَالْإِيلَاءُ يَمِينٌ، وَقِيَاسًا أَيْضًا عَلَى مُدَّةِ الْعِنِّينِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: النَّقْصُ الدَّاخِلُ عَلَى الْإِيلَاءِ مُعْتَبَرٌ بِالنِّسَاءِ لَا بِالرِّجَالِ كَالْعِدَّةِ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حُرَّةً: كَانَ الْإِيلَاءُ إِيلَاءَ الْحُرِّ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعَلَى النِّصْفِ.

١٧٩٥ وَقِيَاسُ الْإِيلَاءِ عَلَى الْحُرِّ **غَيْرُ جَيِّدٍ**.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْعَبْدَ إِنَّمَا كَانَ حَدُّهُ أَقَلَّ مِنْ حَدِّ الْحُرِّ، لِأَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْهُ أَقَلُّ قُبْحًا، وَمِنَ [أ/٣٢٧و] الْحُرِّ أَعْظَمُ قُبْحًا، وَمُدَّةُ الْإِيلَاءِ إِنَّمَا ضُرِبَتْ جَمْعًا بَيْنَ التَّوْسِعَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَبَيْنَ إِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الزَّوْجَةِ.

فَإِذَا فَرَضْنَا [م/١٧٧ظ] مُدَّةً أَقْصَرَ مِنْ هَذِهِ كَانَ أَضْيَقَ عَلَى الزَّوْجِ، وَأَنْفَى لِلضَّرَرِ عَنِ الزَّوْجَةِ، وَالْحُرُّ أَحَقُّ بِالتَّوْسِعَةِ وَنَفْيِ الضَّرَرِ عَنْهُ.

فَلِذَلِكَ كَانَ يَجِبُ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ: أَنْ لَا يَنْقُصَ مِنَ الْإِيلَاءِ إِلَّا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا وَالزَّوْجَةُ حُرَّةً فَقَطْ، وَهَذَا لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ، فَالْوَاجِبُ التَّسْوِيَةُ.

١٧٩٦ وَالَّذِينَ قَالُوا بِتَأْثِيرِ الرِّقِّ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ: اخْتَلَفُوا فِي زَوَالِ الرِّقِّ بَعْدَ الْإِيلَاءِ، هَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى إِيلَاءِ الْأَحْرَارِ (أَوْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْتَقِلُ مِنْ إِيلَاءِ الْعَبِيدِ إِلَى إِيلَاءِ الْأَحْرَارِ[(١)].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَنْتَقِلُ، فَعِنْدَهُ أَنَّ الْأَمَةَ إِذَا عَتَقَتْ وَقَدْ آلَى زَوْجُهَا مِنْهَا انْتَقَلَتْ إِلَى إِيلَاءِ الْأَحْرَارِ)[(٢)].

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٣)]: الصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا لَا إِيلَاءَ عَلَيْهَا، فَإِنْ وَقَعَ وَتَمَادَى حُسِبَتْ أَرْبَعَةَ الْأَشْهُرِ مِنْ يَوْمِ بَلَغَتْ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ٩٠)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٤٧).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ). وينظر: «البناية شرح الهداية» (٥/ ٤٩٩).

(٣) قال ابن القاسم: إذا آلى وهي صغيرة، لم يجامع مثلها لم يكن موليًا حتى تبلغ الوطء، ثم يوقف بعد مضي أربعة أشهر منذ بلغت الوطء. «الاستذكار» (٦/ ٤٢).

وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهَا فِي تَرْكِ الْجِمَاعِ[(١)].

وَقَالَ أَيْضًا: لَا إِيلَاءَ عَلَى خَصِيٍّ، وَلَا عَلَى مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ.

١٧٩٧ الْمَسْأَلَةُ الْعَاشِرَةُ:

وَأَمَّا هَلْ مِنْ شَرْطِ رَجْعَةِ الْمُولِي أَنْ يَطَأَ فِي الْعِدَّةِ أَمْ لَا؟

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ[(٢)] ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا.

وَأَمَّا مَالِكٌ[(٣)] فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا لَمْ يَطَأْ فِيهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ ومَرَضٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَلَا رَجْعَةَ عِنْدَهُ لَهُ عَلَيْهَا، وَتَبْنِي[(٤)] عَلَى عِدَّتِهَا، وَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا إِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ. [ب/ ٢٨٢ظ]

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْإِيلَاءُ يَعُودُ بِرَجْعَتِهِ إِيَّاهَا فِي الْعِدَّةِ أَوْ لَا يَعُودُ، فَإِنْ عَادَ لَمْ يُعْتَبَرْ وَاسْتُؤْنِفَ الْإِيلَاءُ مِنْ وَقْتِ الرَّجْعَةِ - أَعْنِي: تُحْسَبُ مُدَّةُ الْإِيلَاءِ (مِنْ وَقْتِ الرَّجْعَةِ - وَإِنْ لَمْ يَعُدِ الْإِيلَاءُ)[(٥)] لَمْ يُعْتَبَرْ أَصْلًا - إِلَّا عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى أَنَّ الْإِيلَاءَ يَكُونُ بِغَيْرِ يَمِينٍ.

وَكَيْفَمَا كَانَ، فَلَا بُدَّ مِنَ اعْتِبَارِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ مِنْ وَقْتِ الرَّجْعَةِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ فَإِنَّهُ قَالَ: كُلُّ رَجْعَةٍ مِنْ طَلَاقٍ كَانَ لِرَفْعِ ضَرَرٍ، فَإِنَّ صِحَّةَ الرَّجْعَةِ مُعْتَبَرَةٌ فِيهِ بِزَوَالِ ذَلِكَ الضَّرَرِ، وَأَصْلُهُ الْمُعْسِرُ[(٦)] بِالنَّفَقَةِ إِذَا طُلِّقَ عَلَيْهِ ثُمَّ ارْتَجَعَ، فَإِنَّ رَجْعَتَهُ تُعْتَبَرُ صِحَّتُهَا بِيَسَارِهِ.

---

(١) في (أ): «الوطء».

(٢) قال ابن عبد البر: «ولا أعلم أحدًا شرط في صحة الرجعة الجماع إلا مالكًا رَحِمَهُ اللَّهُ، ويجعله إذا لم يطأ في حكم المولي، كما أنه لو قال لأجنبية: والله لئن تزوجتك لأوطأنك ثم تزوجها كان موليًا عنده». «الاستذكار» (٦/ ٤١).

(٣) ينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٠٠).

(٤) ليست في (أ).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) في (م): «المعتبر».

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: قِيَاسُ الشَّبَهِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ شَبَّهَ الرَّجْعَةَ بِابْتِدَاءِ النِّكَاحِ أَوْجَبَ فِيهَا تَجَدُّدَ الْإِيلَاءِ.

وَمَنْ شَبَّهَ هَذِهِ الرَّجْعَةَ بِرَجْعَةِ الْمُطَلِّقِ لِضَرَرٍ لَمْ يَرْتَفِعْ مِنْهُ ذَلِكَ الضَّرَرُ قَالَ: يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ.

(تَمَّ كِتَابُ الْإِيْلَاءِ، وَالْحَمْدُ للهِ حَقَّ حَمْدِهِ)[1].

(١) ما بين القوسين من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)(١)

كِتَابُ الظِّهَارِ

وَالْأَصْلُ فِي الظِّهَارِ: الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ.

فَأَمَّا الْكِتَابُ:

[أ/٣٢٧ظ] فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] الْآيَةَ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ:

فَحَدِيثُ خَوْلَةَ بِنْتِ مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ، قَالَتْ: «ظَاهَرَ مِنِّي زَوْجِي أوس بْنُ الصَّامِتِ، فَجِئْتُ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ أَشْكُو إِلَيْهِ، وَرَسُولُ اللهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ، وَيَقُولُ: **اتَّقِي اللهَ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ**، فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى أُنْزِلَ الْقُرْآنُ: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِىٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [المجادلة: ١] الْآيَةَ، فَقَالَ: **لِيُعْتِقْ رَقَبَةً**، قَالَتْ: لَا يَجِدُ، قَالَ: **فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ**، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ، قَالَ: **فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا**، قَالَتْ: مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ، قَالَ: **فَإِنِّي سَأُعِينُهُ بِعَرْقٍ مِنْ تَمْرٍ**، قَالَتْ: وَأَنَا أُعِينُهُ بِعَرْقٍ آخَرَ، قَالَ: **قد أَحْسَنْتِ اذْهَبِي فَأَطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا**»؛ خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(٢).

وَحَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ الْبَيَاضِيِّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ(٣).

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) أبو داود (٢٢١٤).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٢١٣)، عن سلمة بن صخر قال ابن العلاء: البياضي، قال: كنت امرءًا أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئًا يتابع بي حتى أصبح، فظاهرتُ منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينا هي تخدمني ذات ليلة، إذ تكشف لي منها شيء، فلم ألبث أن نزوت عليها، =

[م/ ١٧٨و]

١٧٩٨ وَالْكَلَامُ فِي أُصُولِ الظِّهَارِ يَنْحَصِرُ فِي سَبْعَةِ[١] فُصُولٍ:

مِنْهَا: فِي أَلْفَاظِ الظِّهَارِ.

وَمِنْهَا: [ب/ ٢٨٣و] فِي شُرُوطِ وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: فِيمَنْ يَصِحُّ فِيهِ الظِّهَارُ.

وَمِنْهَا: فِيمَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُظَاهِرِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَتَكَرَّرُ الظِّهَارُ بِتَكَرُّرِ النِّكَاحِ؟

وَمِنْهَا: هَلْ يَدْخُلُ الْإِيلَاءُ عَلَيْهِ؟

وَمِنْهَا: الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

١٧٩٩ **اتَّفَقَ جمهور الْفُقَهَاء**[٢] عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي أَنَّهُ ظِهَارٌ.

= فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر، وقلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ، قالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته، فقال: «**أنت بذاك يا سلمة؟**»، قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين، وأنا صابر لأمر الله، فاحكم في ما أراك الله، قال: «**حرِّر رقبة**»، قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتي، قال: «**فصم شهرين متتابعين**»، قال: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام، قال: «**فأطعم وسقًا من تمر بين ستين مسكينًا**»، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام، قال: «**فانطلِق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك، فأطعم ستين مسكينًا وسقًا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها**»، فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق، وسوء الرأي، ووجدت عند النبي ﷺ السعة، وحسن الرأي، وقد أمرني أو أمر لي بصدقتكم.

(١) في (م): «ثمانية».

(٢) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص١١٦): «وأجمعوا على أن صريح الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي».

١٨٠٠ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا ذَكَرَ عُضْوًا غَيْرَ الظَّهْرِ، أَوْ ذَكَرَ ظَهْرَ مَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ النِّكَاحِ عَلَى التَّأْبِيدِ غَيْرَ الْأُمِّ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: هُوَ ظِهَارٌ.

وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ: لَا يَكُونُ ظِهَارًا، إِلَّا بِلَفْظِ الظَّهْرِ وَالْأُمِّ[(٢)].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: يَكُونُ بِكُلِّ عُضْوٍ يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَيْهِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مُعَارَضَةُ الْمَعْنَى لِلظَّاهِرِ، وَذَلِكَ: أَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيمِ تَسْتَوِي فِيهِ الْأُمُّ وَغَيْرُهَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَالظَّهْرُ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَعْضَاءِ.

وَأَمَّا الظَّاهِرُ مِنَ الشَّرْعِ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُسَمَّى ظِهَارًا؛ إِلَّا مَا ذُكِرَ فِيهِ لَفْظُ الظَّهْرِ وَالْأُمِّ.

١٨٠١ وَأَمَّا إِذَا قَالَ: هِيَ عَلَيَّ كَأُمِّي، وَلَمْ يَذْكُرِ الظَّهْرَ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٤)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٥)]: يَنْوِي فِي ذَلِكَ، لِأَنَّهُ [أ/٣٢٨و] قَدْ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْإِجْلَالَ لَهَا، وَعِظَمَ مَنْزِلَتِهَا عِنْدَهُ.

---

(١) قال ابن عبد البر: «ولو تظاهر من عضو من امرأته أو جزء منها كان مظاهرًا». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٥)، وينظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ١١٥).

(٢) وعن أحمد رواية أنه لا يكون مظاهرًا حتى يشبه جملة امرأته؛ لأنه لو حلف بالله لا يمس عضوًا منها، لم يسر إلى غيره، فكذلك المظاهَرة. «المغني»، لابن قدامة (٨/ ١٠).

(٣) قال الكاساني: «ويلحق به قوله أنت علي كبطن أمي أو فخذ أمي أو فرج أمي». «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٢٩). وينظر: «مختصر القدوري» (ص١٦٥).

(٤) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ٢٢٨)، «الدر المختار» (٣/ ٤٦٦).

(٥) قال النووي: «ولو قال: أنت علي كأمي، أو مثل أمي، فإن أراد الظهار، فظهار، وإن أراد الكرامة، فلا، وإن أطلق، فليس بظهار على الأصح». «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٣)، «كفاية الأخيار» (ص٤١٤).

وَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: هُوَ ظِهَارٌ.

١٨٠٢ وَأَمَّا مَنْ شَبَّهَ زَوْجَتَهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْبِيدِ، فَإِنَّهُ ظِهَارٌ عِنْدَ مَالِكٍ[(٢)].

وَعِنْدَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ: لَيْسَ بِظِهَارٍ[(٣)].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ تَشْبِيهُ الزَّوْجَةِ بِمُحَرَّمَةٍ غَيْرِ مُؤَبَّدَةِ التَّحْرِيمِ، كَتَشْبِيهِهَا بِمُؤَبَّدَةِ التَّحْرِيمِ؟

الْفَصْلُ الثَّانِي

١٨٠٣ وَأَمَّا شُرُوطُ وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ[(٤)] عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ دُونَ الْعَوْدِ، وَشَذَّ مُجَاهِدٌ وَطَاوُسٌ فَقَالَا: تَجِبُ دُونَ الْعَوْدِ[(٥)].

وَدَلِيلُ الْجُمْهُورِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] الآية[(٦)]، وَهُوَ نَصٌّ فِي مَعْنَى وُجُوبِ تَعَلُّقِ الْكَفَّارَةِ (بِالْعَوْدِ.

---

(١) ينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٤٠)، «منح الجليل» (٤/ ٢٢٢).
وهو مذهب الحنابلة أيضًا. ينظر: «المبدع» (٨/ ٣٠)، «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف» (٩/ ١٩٣).

(٢) قال ابن عبد البر: «وفي الأجنبية اختلاف عند مالك وأصحابه؛ منهم من لا يرى الظهار إلا بذوات المحارم خاصة، ولا يرى الظهار بغيرهن، ومنهم من لا يجعله شيئًا، ومنهم من يجعله في الأجنبية طلاقًا، والأول قول مالك. وقد روي عنه نصًّا: أن الظهار بغير ذوات المحارم ليس بشيء». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٤). وينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٤٣).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٤).

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١٤)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٤٨)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٠)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٦٩).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٧).

(٦) من (م).

وَأَيْضًا، فَمِنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ، فَإِنَّ الظِّهَارَ يُشْبِهُ الْكَفَّارَةَ فِي الْيَمِينِ، فَكَمَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ)[١] تَلْزَمُ بِالْمُخالفَةِ أَوْ بِإِرَادَةِ الْمُخَالَفَةِ، كَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي الظِّهَارِ.

وَحُجَّةُ مُجَاهِدٍ وَطَاوُسٍ: أَنَّهُ مَعْنًى يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ الْعُلْيَا، فَوَجَبَ أَنْ يُوجِبَهَا بِنَفْسِهِ، لَا بِمَعْنًى زَائِدٍ تَشْبِيهًا بِكَفَّارَةِ الْقَتْلِ [ب/٢٨٣ظ] وَالْفِطْرِ.

وَأَيْضًا: فإنهم قَالُوا: إِنَّهُ كَانَ طَلَاقَ الْجَاهِلِيَّةِ فَنُسِخَ تَحْرِيمُهُ بِالْكَفَّارَةِ، ومَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]، وَالْعَوْدُ عِنْدَهُمْ هُوَ الْعَوْدُ فِي الْإِسْلَامِ.

١٨٠٤ فَأَمَّا الْقَائِلُونَ بِاشْتِرَاطِ الْعَوْدِ فِي إِيجَابِ الْكَفَّارَةِ:

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِيهِ مَا هُوَ؟

فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ **ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ**:

إِحْدَاهُنَّ: أَنَّ الْعَوْدَ هُوَ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى إِمْسَاكِهَا وَوَطْئِهَا مَعًا[٢].

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا[٣] فَقَطْ، وَهِيَ الرِّوَايَةُ الصَّحِيحَةُ الْمَشْهُورَةُ عَنْد أَصْحَابِهِ[٤]، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَأَحْمَدُ[٦].

وَالرِّوَايَةُ الثَّالِثَةُ: أَنَّ الْعَوْدَ هُوَ نَفْسُ الْوَطْءِ، وَهِيَ أَضْعَفُ الرِّوَايَاتِ عِنْدَ أَصْحَابِهِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) قال ابن عبد البر: «سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على إمساكها وإصابتها، فإن أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وإن طلقها ولم يُجمع بعد تظاهره منها على إمساكها وإصابتها فلا كفارة عليه». «الاستذكار» (٦/ ٥٦).

(٣) في (م): «إمساكها».

(٤) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٥٥)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٤).

(٥) قال الكاساني: «قال أصحابنا: العود هو العزم على وطئها عزمًا مؤكدًا حتى لو عزم ثم بدا له في أن يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد». «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٦). وينظر: «العناية شرح الهداية» (٤/ ٢٤٧).

(٦) ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٠٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٦٩).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): الْعَوْدُ هُوَ الْإِمْسَاكُ نَفْسُهُ، قَالَ: وَمَنْ مَضَى لَهُ زَمَانٌ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطَلِّقَ فِيهِ فَلَمْ يُطَلِّقْ ـ ثَبَتَ أَنَّهُ عَائِدٌ وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ.

لِأَنَّ إِقَامَتَهُ زَمَانًا يُمْكِنُ أَنْ يُطَلِّقَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُطَلِّقَ يَقُومُ مَقَامَ إِرَادَةِ الْإِمْسَاكِ مِنْهُ، وهُوَ دَلِيل على ذَلِكَ.

وَقَالَ دَاوُدُ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ(٢): الْعَوْدُ هُوَ أَنْ يُكَرِّرَ لَفْظَ الظِّهَارِ ثَانِيَةً، فَمَتَى لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِعَائِدٍ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

وَدَلِيلِ [أ/٣٢٨ظ] الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِمَالِكٍ تَنْبَنِي عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَفْهُومَ مِنَ الظِّهَارِ هُوَ (أَنَّ وُجُوبَ الْكَفَّارَةِ فِيهِ إِنَّمَا تَكُونُ بِإِرَادَتِهِ الْعَوْدَ إِلَى مَا حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ بِالظِّهَارِ، وَهُوَ)(٣) الْوَطْءُ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ تَكُونَ الْعَوْدَةُ هِيَ: إِمَّا الْوَطْءُ نَفْسُهُ، وَإِمَّا [م/١٧٨ظ] الْعَزْمُ عَلَيْهِ وَإِرَادَتُهُ.

وَالْأَصْلُ الثَّانِي: أنه لَيْسَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْعَوْدُ نَفْسُهُ هُوَ الْوَطْءُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي الْآيَةِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣]، وَلِذَلِكَ كَانَ الْوَطْءُ مُحَرَّمًا حَتَّى يُكَفِّرَ. قَالُوا: وَلَوْ كَانَ الْعَوْدُ نَفْسُهُ الْإِمْسَاكَ لَكَانَ الظِّهَارُ (نَفْسُهُ يُحَرِّمُ الْإِمْسَاكَ فَكَانَ الظِّهَارُ)(٤) يَكُونُ طَلَاقًا.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَالْمُعَوَّلُ(٥) عِنْدَهُمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ـ هُوَ الطَّرِيقُ الَّذِي يُعَرِّفُهُ الْفُقَهَاءُ بِطَرِيقِ السَّبْرِ وَالتَّقْسِيمِ(٦).

---

(١) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ٢٦٩)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٠).

(٢) قال ابن قدامة: «قال داود: العود، تكرار الظهار مرة ثانية؛ لأن العود في الشيء إعادته». «المغني» (٨١٧).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فالمعمول».

(٦) ومعناه: أن الناظر يبحث عن معان مجتمعة في الأصل ويتتبعها واحدًا واحدًا ويبين =

وَذَلِكَ: أَنَّ مَعْنَى الْعَوْدِ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ تَكْرَارَ اللَّفْظِ عَلَى مَا يَرَاهُ دَاوُدُ، أَوِ الْوَطْءَ نَفْسَهُ، أَوِ الْإِمْسَاكَ نَفْسَهُ، أَوْ إِرَادَةَ الْوَطْءِ. وَلَا يَكُونُ تَكْرَارَ [ب/ ٢٨٤و] اللَّفْظِ، لِأَنَّ ذَلِكَ تَأْكِيدٌ، وَالتَّأْكِيدُ لَا يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ، وَلَا يَكُونُ إِرَادَةَ الْإِمْسَاكِ، (فَإِنَّ الْإِمْسَاكَ لِلْوَطْءِ[1] [مَوْجُودٌ بَعْدُ][2])[3]، فَقَدْ (بَقِيَ أَنْ يَكُونَ)[4] إِرَادَةَ الْوَطْءِ، وَإِنْ كَانَ إِرَادَةَ الْإِمْسَاكِ لِلْوَطْءِ، فَقَدْ أَرَادَ الْوَطْءَ[5]، فَثَبَتَ أَنَّ الْعَوْدَ هُوَ الْوَطْءُ.

وَمُعْتَمَدُ الشَّافِعِيَّةِ (فِي[6] إِجْرَائِهِمْ إِرَادَةَ الْإِمْسَاكِ، أَوِ الْإِمْسَاكَ مَجْرَى إِرَادَةِ الْوَطْءِ: أَنَّ الْإِمْسَاكَ يَلْزَمُ عَنْهُ الْوَطْءُ، فَجَعَلُوا لَازِمَ الشَّيْءِ شبيهًا بِالشَّيْءِ، وَجَعَلُوا حُكْمَهُمَا وَاحِدًا، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ.

وَرُبَّمَا اسْتَدَلَّتِ الشَّافِعِيَّةُ)[7] عَلَى أَنَّ إِرَادَةَ الْإِمْسَاكِ هُوَ السَّبَبُ فِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ: أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَرْتَفِعُ بِارْتِفَاعِ الْإِمْسَاكِ، وَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ إِثْرَ الظِّهَارِ، وَلِهَذَا احْتَاطَ مَالِكٌ فِي الرِّوَايَةِ الواحدة، فَجَعَلَ الْعَوْدَ هُوَ إِرَادَةَ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا - أَعْنِي: الْوَطْءَ وَالْإِمْسَاكَ.

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ **الْعَوْدُ الْوَطْءَ فَضَعِيفٌ** ومُخَالِفٌ لِلنَّصِّ.

وَالْمُعْتَمَدُ فِيهَا: تَشْبِيهُ الظِّهَارِ بِالْيَمِينِ - أَيْ: كَمَا أَنَّ كَفَّارَةَ الْيَمِينِ إِنَّمَا تَجِبُ بِالْحِنْثِ كَذَلِكَ الْأَمْرُ هَا هُنَا - **وَهُوَ قِيَاسُ شَبَهٍ عَارَضَهُ النَّصُّ**.

وَأَمَّا دَاوُدُ: فَإِنَّهُ تَعَلَّقَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] وَذَلِكَ يَقْتَضِي الرُّجُوعَ إِلَى الْقَوْلِ نَفْسِهِ.

= خروج آحادها عن صلاح التعليل به إلا واحدًا يراه ويرضاه. ينظر: «البرهان»، للجويني (٢/ ٥٣٤)، «المحصول»، للرازي (٥/ ٢٩٩)، «البحر المحيط»، للزركشي (٧/ ٢٨٢).

(١) من (أ).
(٢) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) ليس في (م).
(٥) زاد بعدها في (م): «وهو الذي لا يعرض عن وصفه استحالة».
(٦) من هنا يبدأ خرم في (أ).
(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ الْعَوْدُ فِي الْإِسْلَامِ إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ ظِهَارِهِمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ[١]، وَالشَّافِعِيِّ[٢]: أَنَّ الْمَعْنَى فِي الْآيَةِ: ثُمَّ يَعُودُونَ فِيمَا قَالُوا.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ بِالْجُمْلَةِ إِنَّمَا هُوَ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ لِلْمَفْهُومِ:

فَمَنِ اعْتَمَدَ الْمَفْهُومَ جَعَلَ الْعَوْدَةَ إِرَادَةَ الْوَطْءِ أَوِ الْإِمْسَاكِ، وَتَأَوَّلَ [أ/ ٣٢٩و] مَعْنَى اللَّامِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] بِمَعْنَى الْفَاءِ.

وَأَمَّا مَنِ اعْتَمَدَ الظَّاهِرَ: فَإِنَّهُ جَعَلَ الْعَوْدَةَ تَكْرِيرَ اللَّفْظِ، وَأَنَّ الْعَوْدَةَ الثَّانِيَةَ إِنَّمَا هِيَ ثَانِيَةٌ لِلْأُولَى الَّتِي كَانَتْ مِنْهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ.

وَمَنْ تَأَوَّلَ أَحَدَ هَذَيْنِ، فَالْأَشْبَهُ لَهُ ـ أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّ بِنَفْسِ الظِّهَارِ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ كَمَا اعْتَقَدَ ذَلِكَ مُجَاهِدٌ، إِلَّا أَنْ يُقَدِّرَ فِي الْآيَةِ مَحْذُوفًا وَهُوَ إِرَادَةُ الْإِمْسَاكِ، فَهُنَا إِذًا **ثَلَاثَةُ مَذَاهِبَ**:

إِمَّا أَنْ تَكُونَ [ب/ ٢٨٤ظ] الْعَوْدَةُ هِيَ تَكْرَارَ اللَّفْظِ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ إِرَادَةَ الْإِمْسَاكِ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ الْعَوْدَةَ الَّتِي هِيَ فِي الْإِسْلَامِ.

وَهَذَانِ يَنْقَسِمَانِ قِسْمَيْنِ ـ أَعْنِي الْأَوَّلَ والثاني:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُقَدِّرَ فِي الْآيَةِ مَحْذُوفًا، وَهُوَ إِرَادَةُ الْإِمْسَاكِ، فَتُشْتَرَطُ هَذِهِ الْإِرَادَةُ فِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ، وَإِمَّا أَلَّا يُقَدِّرَ فِيهَا مَحْذُوفًا فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِنَفْسِ الظِّهَارِ.

١٨٠٥ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فرع، وَهُوَ: هَلْ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ إِرَادَةِ الْإِمْسَاكِ، أَوْ مَاتَتْ عَنْهُ، هَلْ تَكُونُ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ أَمْ لَا؟

---

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٤)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٤).

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٤٦)، «حاشية الجمل على المنهج» (٩/ ١٢١).

فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ[١] عَلَى أَنْ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُطَلِّقَ بَعْدَ إِرَادَةِ الإِمْسَاكِ، أَوْ بَعْدَ زَمَانٍ طَوِيلٍ عَلَى مَا يَرَاهُ الشَّافِعِيُّ[٢].

وَحُكِيَ عَنْ عُثْمَانَ الْبَتِّيِّ[٣]: أَنَّ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةَ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَأَنَّهَا إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ إِرَادَةِ الْعَوْدَةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مِيرَاثِهَا إِلَّا بَعْدَ الْكَفَّارَةِ، **وَهَذَا شَاذٌ**[٤] **مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ**، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

١٨٠٦ **وَاتَّفَقُوا**[٥] عَلَى لُزُومِ الظِّهَارِ مِنَ الزَّوْجَةِ الَّتِي فِي الْعِصْمَةِ.

١٨٠٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الظِّهَارِ مِنَ الْأَمَةِ، وَمِنَ الَّتِي فِي غَيْرِ الْعِصْمَةِ. وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي ظِهَارِ الْمَرْأَةِ مِنَ الرَّجُلِ.

١٨٠٨ فَأَمَّا الظِّهَارُ مِنَ الْأَمَةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٦]، ....

---

(١) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ٢٢٥)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٥)، «التاج والإكليل» (٤١٣٤)، «المبدع» (٨/ ٤٣).

(٢) قال الماوردي: «اعلم أن الكفارة إذا وجبت عليه بالعود وهو ما ذكرناه من إمساكها بعد الظهار مدة يقدر على تحريمها بعد بطلاق لم تسقط عنه بعد الوجوب بما حدث بعد من طلاق أو لعان إجماعًا ولا بما حدث من قوله أو قولها... فإذا تقرر ما وصفنا: لم يخل حال الموت بعد الظهار من أن يكون قبل زمان العود أو بعده، فإن كان بعد زمان العود لم تسقط به الكفارة على ما قدمنا، وإن كان قبل زمان العود وهو أن يموت عقيب ظهاره قبل أن يمضي عليه زمان طلاقها أو تموت الزوجة فلا كفارة عليه لأنه ما أمسكها بعد الظهار ولا قدر على طلاقها بالموت». «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٥٠). وينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٧).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٨).

(٤) في (م): «شذوذ».

(٥) وافقه على نقل الإجماع ابن المنذر في «الإشراف» (٥/ ٢٨٧)، وابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٦٣).

(٦) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١١٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ١١٣).

وَالثَّوْرِيُّ وَجَمَاعَةٌ(١): الظِّهَارُ مِنْهَا لَازِمٌ كَالظِّهَارِ [أ/١٧٩و] مِنَ الزَّوْجَةِ الْحُرَّةِ، وَكَذَلِكَ الْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَأَحْمَدُ(٤)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٥): لَا ظِهَارَ مِنْ أَمَةٍ. وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ: إِنْ كَانَ يَطَأُ أَمَتَهُ فَهُوَ مِنْهَا مُظَاهِرٌ، وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا فَهِيَ يَمِينٌ، وَفِيهَا كَفَّارَةُ يَمِينٍ(٦).

وَقَالَ عَطَاءٌ: هُوَ مُظَاهِرٌ لَكِنْ عَلَيْهِ نِصْفُ كَفَّارَةٍ(٧).

فَدَلِيلُ مَنْ أَوْقَعَ ظِهَارَ الْأَمَةِ عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٣] وَالْإِمَاءُ [أ/٣٢٩ظ] مِنَ النِّسَاءِ.

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يَجْعَلْهُ ظِهَارًا:

أَنَّهُمْ قَدْ **أَجْمَعُوا** أَنَّ النِّسَاءَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، هُنَّ ذَوَاتُ الْأَزْوَاجِ، فَكَذَلِكَ اسْمُ النِّسَاءِ فِي آيَةِ الظِّهَارِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ قِيَاسِ الشَّبَهِ لِلْعُمُومِ - أَعْنِي: تَشْبِيهَ الظِّهَارِ بِالْإِيلَاءِ - وَعُمُومُ لَفْظِ النِّسَاءِ - أَعْنِي: أَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَقْتَضِي دُخُولَ الْإِمَاءِ فِي الظِّهَارِ، وَتَشْبِيهُهُ بِالْإِيلَاءِ يَقْتَضِي خُرُوجَهُنَّ مِنَ الظِّهَارِ.

١٨٠٩ وَأَمَّا [ب/٢٨٥و] هَلْ مِنْ شَرْطِ الظِّهَارِ كَوْنُ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا فِي الْعِصْمَةِ أَمْ لَا؟

---

(١) منهم ربيعة، وابن أبي ذئب، والحسن بن حي، والأوزاعي، والليث بن سعد. «الاستذكار» (٦/ ٥٩).

(٢) قال النووي: «ولا يصح الظهار من الأمة وأم الولد». «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦١). وينظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٤٦).

(٣) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ٢٢٨)، «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٣).

(٤) ينظر: «المغني» (٨/ ١٢)، «معونة أولي النهى» (١٠/ ٤٨).

(٥) ينظر: «الأوسط» (٩/ ٣٨٩).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٦٠).

(٧) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٦٠).

فَمَذْهَبُ مَالِكٍ[١]: أَنَّه لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ، وَأَنَّ مَنْ عَيَّنَ امْرَأَةً مَا بِعَيْنِهَا وَظَاهَرَ مِنْهَا بِشَرْطِ التَّزْوِيجِ كَانَ مُظَاهِرًا مِنْهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ، وَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ مِنِّي كَظَهْرِ أُمِّي، وَذَلِكَ خلاف قوله في الطَّلَاقِ.

وَبِقَوْلِ مَالِكٍ فِي الظِّهَارِ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٢]، وَالثَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٣].

وَقَالَ قَائِلُونَ: لَا يَلْزَمُ الظِّهَارُ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ الرَّجُلُ، وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ: الشَّافِعِيُّ[٤]، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ[٥].

وَفَرَّقَ قَوْمٌ، فَقَالُوا: إِنْ أَطْلَقَ لَمْ يَلْزَمْهُ ظِهَارٌ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ مِنِّي كَظَهْرِ أُمِّي، وَإِنْ قَيَّدَ لَزِمَهُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةً أَوْ سَمَّى قَرْيَةً أَوْ قَبِيلَةً.

وَقَائِلُ هَذَا الْقَوْلِ هُوَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَالْحَسَنُ بْنُ حَيٍّ[٦].

---

(١) قال ابن عبد البر: «لو قال لأجنبية أنت طالق إن تزوجتك، وأنت عليَّ كظهر أمي: إن تزوجتك وأنت طالق، فكلاهما سواء، ويلزمه الطلاق والظهار معًا إذا تزوجها». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٥). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٢).

(٢) قال الكاساني: «ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي فتزوجها طلقت ولم يصر مظاهرًا منها عنده خلافًا لهما، ولو قدم الظهار على الطلاق؛ بأن قال: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي وأنت طالق يقع الطلاق والظهار جميعًا بالإجماع». «بدائع الصنائع» (٣/ ١٣٨). وينظر: «البحر الرائق» (٤/ ١٠٧).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٠).

وهو قول الحنابلة أيضًا، قال الحجاوي: «إن قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي أو إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفِّر كفارة الظهار». «الإقناع» (٤/ ٨٤). وينظر: «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٦٨).

(٤) قال الماوردي: «الظهار والإيلاء قبل النكاح لا يصح، فإذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت عليَّ كظهر أمي، فتزوجها لم يصر مظاهرًا منها، لأن الظهار تبع في الطلاق في الثبوت والنفي». «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٩). وينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٨)، «فتح الوهاب» (٢/ ١١٤).

(٥) وروي ذلك أيضًا، عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٠).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٠).

وَدَلِيلُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]؛ وَلِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى شَرْطِ الْمِلْكِ فَأَشْبَهَ إِذَا مَلَكَ، وَالْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ.

وَأَمَّا حُجَّةُ الشَّافِعِيِّ: فَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ، (وَلَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ، وَلَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ، وَلَا وَفَاءَ بِنَذْرٍ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ**»)[(١)]، خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ[(٢)]، وَالتِّرْمِذِيُّ[(٣)]، وَالظِّهَارُ شَبِيهٌ بِالطَّلَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ[(٤)].

وَأَمَّا الَّذِينَ فَرَّقُوا بَيْنَ التَّعْيِينِ[(٥)] والتَّعْمِيمِ، فَإِنَّهُمْ رَأَوْا أَنَّ التَّعْمِيمَ فِي الظِّهَارِ مِنْ بَابِ الْحَرَجِ، وَقَدْ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

١٨١٠ **وَاخْتَلَفُوا** أَيْضًا مِنْ هَذَا الْبَابِ، فِي:

هَلْ تُظَاهِرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الرَّجُلِ؟

فَعَنِ الْعُلَمَاءِ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَشْهَرُهَا: أَنَّهُ لَا يَكُونُ مِنْهَا ظِهَارٌ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[(٦)]، وَالشَّافِعِيِّ[(٧)].

وَالثَّانِي: أَنَّ عَلَيْهَا كَفَّارَةَ يَمِينٍ[(٨)].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٢) أبو داود (٢١٩٠).
(٣) الترمذي (١١٨١).
(٤) عزاه الترمذي له في السُّنن (٣/ ٤٧٨).
(٥) في (أ)، (ب)، (ج): «التفريق». والمثبت من بعض النسخ هو الأنسب.
(٦) قال ابن عبد البر: «قال مالك وليس على النساء ظهار». «الاستذكار» (٦/ ٥٥).
(٧) ينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٥)، «حاشية البجيرمي» (٤/ ١٣).
وهو مذهب الحنابلة. قال المرداوي: «وإن قالت المرأة لزوجها: أنت علي كظهر أبي: لم تكن مظاهرة، هذا المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، قال في الفروع: هذا المذهب، قال الزركشي: هذا المعروف والمشهور والمجزوم به عند كثير من الأصحاب، حتى قال القاضي في روايتيه: لم تكن مظاهرة، رواية واحدة». «الإنصاف» (٩/ ٢٠٠). وينظر: «كشاف القناع» (٥/ ٣٧٢).
(٨) قال الأوزاعي: إذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي فلانة، فهي يمين تكفرها، وكذلك لو قال لها زوجها: أنت علي كظهر فلان رجل، فهي يمين يكفرها. =

وَالثَّالِثُ: أَنَّ عَلَيْهَا [أ/ ٣٣٠و] كَفَّارَةَ الظِّهَارِ(١).

وَمُعْتَمَدُ الْجُمْهُورِ تَشْبِيهُ الظِّهَارِ بِالطَّلَاقِ، وَمَنْ أَلْزَمَ الْمَرْأَةَ الظِّهَارَ فَتَشْبِيهًا لِلظِّهَارِ بِالْيَمِينِ، وَمَنْ فَرَّقَ فَلِأَنَّهُ رَأَى أَنَّ أَقَلَّ اللَّازِمِ لَهَا فِي ذَلِكَ هُوَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: تَعَارُضُ الْأَشْباه فِي هَذَا الْمَعْنَى.

الْفَصْلُ الرَّابِعُ

١٨١١ وَاتَّفَقُوا(٢) عَلَى أَنَّ الْمُظَاهِرَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْوَطْءُ.

١٨١٢ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا دُونَهُ مِنْ مُلَامَسَةٍ، وَوَطْءٍ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ، وَنَظَرِ اللَّذَّةِ:

[ب/ ٢٨٥ظ] فَذَهَبَ مَالِكٌ(٣) إِلَى أَنَّهُ يَحْرُمُ الْجِمَاعُ، وَجَمِيعُ أَنْوَاعِ الِاسْتِمْتَاعِ مِمَّا دُونَ الْجِمَاعِ مِنَ الْوَطْءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ، وَاللَّمْسِ، وَالتَّقْبِيلِ، وَالنَّظَرِ لِلَّذَّةِ، مَا عَدَا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا(٤) مِنْ سَائِرِ بَدَنِهَا وَمَحَاسِنِهَا.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥) إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا كَرِهَ النَّظَرَ لِلْفَرْجِ فَقَطْ.

= ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٥).

(١) روي هذا القول عن الحسن البصري، والنخعي، وقال الزهري: إذا قالت لزوجها هو عليها كأبيها. قال: قد قالت منكرًا من القول وزورًا أرى أن تكفر بعتق رقبة أو بصوم شهرين متتابعين، أو تطعم ستين مسكينًا، ولا يحول هذا بين زوجها وبينها أن يطأها. ينظر: «الأوسط» (٩/ ٣٨٧).

(٢) وافقه على نقل الإجماع الماوردي في «الحاوي الكبير» (١٣/ ٣٦٣)، وابن قدامة في «المغني» (٨/ ١١).

(٣) ينظر: «التلقين» (ص٣٣٧)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٣).

(٤) بعدها في (م): «وثدييها».

(٥) قال الزيلعي: «حرم على المظاهر الوطء، ودواعيه كاللمس والقبلة بشهوة». «تبيين الحقائق» (٣/ ٢). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٦).

وعند الحنابلة روايتان، قال المرداوي: «وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ =

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١)]: إِنَّمَا يُحَرِّمُ الظِّهَارُ الْوَطْءَ فِي الْفَرْجِ فَقَطْ، الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ، لَا مَا عَدَا ذَلِكَ.

وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ[(٢)]، وَأَحْمَدُ[(٣)]، وَجَمَاعَةٌ.

وَدَلِيلُ قول مَالِكٍ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣].

وَظَاهِرُ لَفْظِ التَّمَاسِّ يَقْتَضِي الْمُبَاشَرَةَ فَمَا فَوْقَهَا، وَلِأَنَّهُ أَيْضًا لَفْظٌ حَرُمَتْ بِهِ عَلَيْهِ، فَأَشْبَهَ لَفْظَ الطَّلَاقِ.

وَدَلِيلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ:

أَنَّ الْمَمَاسَّةَ كِنَايَةٌ عَنِ الْجِمَاعِ؛ بِدَلِيلِ إِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ، وَإِذَا دَلَّتْ عَلَى الْجِمَاعِ [م/١٧٩ظ] لَمْ تَدُلَّ عَلَى مَا فَوْقَ الْجِمَاعِ، لِأَنَّهَا إِمَّا أَنْ تَدُلَّ عَلَى مَا فَوْقَ الْجِمَاعِ، وَإِمَّا أَنْ تَدُلَّ عَلَى الْجِمَاعِ، وَهِيَ الدَّلَالَةُ الْمَجَازِيَّةُ، لَكِنْ قَدِ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهَا دَالَّةٌ عَلَى الْجِمَاعِ، فَانْتَفَتِ الدَّلَالَةُ الْمَجَازِيَّةُ، إِذْ لَا يَدُلُّ لَفْظٌ وَاحِدٌ دَلَالَتَيْنِ: حَقِيقَةً وَمَجَازًا.

١٨١٣ قُلْتُ: الَّذِينَ يَرَوْنَ أَنَّ اللَّفْظَ الْمُشْتَرَكَ لَهُ عُمُومٌ لَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ اللَّفْظُ الْوَاحِدُ عِنْدَهُمْ يَتَضَمَّنُ الْمَعْنَيَيْنِ جَمِيعًا ـ أَعْنِي: الْحَقِيقَةَ وَالْمَجَازَ ـ وَإِنْ كَانَ لَمْ تَجْرِ بِهِ عَادَةُ الْعَرَبِ[(٤)].

= على روايتين، وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والزركشي. **إحداهما**: يحرم، وهو المذهب، اختاره أبو بكر، والقاضي، وأصحابه، منهم الشريف، وأبو الخطاب، والشيرازي، وابن البنا، وغيرهم، وصحَّحها في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والهادي، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الفروع، وتجريد العناية، والمستوعب، قال في القواعد: أشهرهما التحريم. **والرواية الثانية**: لا يحرم، نقلها الأكثرون، وذكر في الترغيب: أنها أظهرهما عنه، وهو ظاهر كلام الخرقي، وجزم به في الوجيز، والمنور، ومنتخب الأدمي، وقدمه في المحرر، والنظم». «الإنصاف» (٩/ ٢٠٤).

(١) ينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٩)، «تحفة المحتاج» (٨/ ١٧٩).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٧). (٣) «الإنصاف» (٩/ ٢٠٤).

(٤) يعني: حمل اللفظ على حقيقته ومجازه معًا، ورُدَّ، لأن اللفظة إنما تكون حقيقة =

وَلِذَلِكَ فالْقَوْلُ بِهِ فِي غَايَةٍ الضَّعْفِ، وَلَوْ عُلِمَ أَنَّ لِلشَّرْعِ فِيهِ تَصَرُّفًا لَجَازَ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الظِّهَارَ مُشَبَّهٌ عِنْدَهُمْ بِالْإِيلَاءِ، فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَصَّ عِنْدَهُمْ بِالْفَرْجِ.

الْفَصْلُ الْخَامِسُ

١٨١٤ وَأَمَّا تَكَرُّرُ[١] الظِّهَارِ بَعْدَ الطَّلَاقِ - أَعْنِي: إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ الظِّهَارِ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا هَلْ يَتَكَرَّرُ عَلَيْه [أ/ ٣٣٠ظ] الظِّهَارُ؛ فَلَا يَحِلُّ لَهُ الْمَسِيسُ حَتَّى يُكَفِّرَ - فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: إِنْ طَلَّقَهَا دُونَ الثَّلَاثِ، ثُمَّ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: إِنْ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَإِنْ رَاجَعَهَا فِي غَيْرِ الْعِدَّةِ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

وَعَنْهُ قَوْلٌ آخَرُ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[٤]: الظِّهَارُ رَاجِعٌ عَلَيْهَا؛ نَكَحَهَا بَعْدَ الثَّلَاثِ، أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ.

= إذا انطبقت على معنى وضعت له في أصل اللسان، وإنما تصير مجازًا إذا تجوز بها عن مقتضى الوضع وتخيل الجمع بين الحقيقة والمجاز، كمحاولة الجمع بين النقيضين.

وأجاب الغزالي عن هذا بأن لفظ العين مثلًا ما وضعته العرب لعموم جملة مسمَّياته، فإنه لا يطلق لفظ العين لإرادة جملتها، كما يطلق لفظ الرجال لإرادة الجمع، بل وضعت لآحادها على البدل فهو عند الإطلاق عندنا مجمل، ولا يجمع أيضًا بين الحقيقة والمجاز، ولكنه يحمل على الحقيقة على انفرادها، أو على المجاز على حيال. ينظر: «البرهان»، للجويني (١/ ١٢١)، «المستصفى» (ص٢٢٠).

(١) في (م): «تكرار».

(٢) ينظر: «المقدمات الممهدات» (١/ ٦٠٤)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٢/ ٦٤٢).

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤١٦)، «تكملة المجموع» (١٧/ ٣٦١).

(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٩).

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ شَبِيهَةٌ بِمَنْ يَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ يُطَلِّقُ، [ب/٢٨٦و] ثُمَّ يُرَاجِعُ، هَلْ تَبْقَى تِلْكَ الْيَمِينُ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ الطَّلَاقُ يَرْفَعُ جَمِيعَ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ وَيَهْدِمُهَا، أَوْ لَا يَهْدِمُهَا؟

فَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الْبَائِنَ الَّذِي هُوَ الثَّلَاثُ يَهْدِمُ، وَأَنَّ مَا دُونَ الثَّلَاثِ لَا يَهْدِمُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الطَّلَاقَ كُلَّهُ غَيْرُ هَادِمٍ، وَأَحْسَبُ أَنَّ مِنَ الظَّاهِرِيَّةِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ كُلَّهُ هَادِمٌ.

الْفَصْلُ السَّادِسُ

١٨١٥ وَأَمَّا هَلْ يَدْخُلُ الْإِيلَاءُ عَلَى الظِّهَارِ إِذَا كَانَ مُضَارًّا، وَذَلِكَ بِأَنْ لَا يُكَفِّرَ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْكَفَّارَةِ؟

فَإِنَّ فِيهِ أَيْضًا اخْتِلَافًا:

فَأَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢) يَقُولَانِ: لَا يَتَدَاخَلُ الْحُكْمَانِ، لِأَنَّ حُكْمَ الظِّهَارِ خِلَافُ حُكْمِ الْإِيلَاءِ، وَسَوَاءٌ كَانَ عِنْدَهُمْ مُضَارًّا، أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ، وَأَحْمَدُ، وَجَمَاعَةٌ(٣).

---

(١) قال الطحاوي: «قال أصحابنا لا يدخل الإيلاء على المُظاهر، وإن طال تركه إياها». «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٨٣). وينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٧/ ٣٣).

(٢) قال الماوردي: «لأن الظهار والإيلاء متنافيان في الحكم؛ لأن الظهار يمنع من الوطء حتى يكفِّر وإن وطئ كان عاصيًا، والإيلاء يوجب الوطء قبل أن يكفِّر، وإن وطئ كان طائعًا: فلم يجز مع تنافي حكمهما أن يتداخلا». «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٢٥).

(٣) قال ابن عبد البر: «وبه قال الأوزاعي والحسن بن حي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وكذلك روى الأشجعي عن الثوري: أن الإيلاء لا يدخل على الظهار». ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٦١).

وَقَالَ مَالِكٌ[١]: يَدْخُلُ الْإِيلَاءُ عَلَى الظِّهَارِ؛ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مُضَارًّا. وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[٢]: يَدْخُلُ الْإِيلَاءُ عَلَى الظِّهَارِ، وَتَبِينُ مِنْهُ بِانْقِضَاءِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْمُضَارَّةِ.

فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

قَوْلٌ: إِنَّهُ يَدْخُلُ بِإِطْلَاقٍ.

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يَدْخُلُ بِإِطْلَاقٍ.

وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يَدْخُلُ مَعَ[٣] الْمُضَارَّةِ، وَلَا يَدْخُلُ مَعَ عَدَمِهَا.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ مُرَاعَاةُ الْمَعْنَى، وَاعْتِبَارُ الظَّاهِرِ:

فَمَنِ اعْتَبَرَ الظَّاهِرَ قَالَ: لَا يَتَدَاخَلَانِ.

وَمَنِ اعْتَبَرَ الْمَعْنَى قَالَ: يَتَدَاخَلَانِ (إِذَا كَانَ الْقَصْدُ الضَّرَرَ)[٤].

الْفَصْلُ السَّابِعُ

١٨١٦ وَالنَّظَرُ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ فِي أَشْيَاءَ:

مِنْهَا: فِي عَدَدِ أَنْوَاعِ الْكَفَّارَةِ وَتَرْتِيبِهَا، وَشُرُوطِ نَوْعٍ نَوْعٍ مِنْهَا - أَعْنِي: الشُّرُوطَ الْمُصَحِّحَةَ.

وَمَتَى تَجِبُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ؟

(وَمَتَى تَجِبُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؟)[٥].

١٨١٧ فَأَمَّا أَنْوَاعُهَا:

فَإِنَّهُمْ أَجْمَعُوا[٦] عَلَى أَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

---

(١) ينظر: «التبصرة»، للخمي (٥/ ٢٣١٣)، «مناهج التحصيل» (٥/ ٦٣)، «شرح ميارة» (١/ ٣٣٨).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٠).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «على».

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

(٦) نقل الإجماع: ابن تيمية في «الفتاوى الكبرى» (٣/ ٣٤٠)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٦٥).

إِعْتَاقٌ، أَوْ صِيَامُ شَهْرَيْنِ، أَوْ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا.

وَأَنَّهَا عَلَى التَّرْتِيبِ.

فَالْإِعْتَاقُ أَوَّلًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالصِّيَامُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْإِطْعَامُ، هَذَا فِي الْحُرِّ.

١٨١٨ وَاخْتَلَفُوا فِي الْعَبْدِ، يُكَفِّرُ بِالْعِتْقِ [أ/ ٣٣١و] أَوْ بِالْإِطْعَامِ؟

بَعْدَ **اتِّفَاقِهِمْ** أَنَّ الَّذِي يَبْدَأُ بِهِ الصِّيَامُ ـ أَعْنِي: إِذَا عَجَزَ عَنِ الصِّيَامِ، فَأَجَازَ لِلْعَبْدِ الْعِتْقَ ـ إِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ـ أَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ[(١)].

وَأَبَى ذَلِكَ سَائِرُ [ب/ ٢٨٦ظ] الْعُلَمَاءِ.

وَأَمَّا الْإِطْعَامُ:

فَأَجَازَهُ لَهُ مَالِكٌ إِنْ أَطْعَمَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ[(٢)]، وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٤)].

وَمَبْنَى الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: هَلْ يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَوْ لَا يَمْلِكُ؟[(٥)].

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي الشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ:

١٨١٩ **فَمِنْهَا**: اخْتِلَافُهُمْ إِذَا وَطِئَ فِي صِيَامِ الشَّهْرَيْنِ، هَلْ عَلَيْهِ اسْتِئْنَافُ الصِّيَامِ أَمْ لَا؟

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٦٢).

(٢) ينظر: «التلقين» (ص٣٣٧)، «مواهب الجليل» (٢/ ٤٣٥).

(٣) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٦/ ٢٣٤)، «البحر الرائق» (٤/ ١١٦).

(٤) قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: «لا يكفِّر العبد إلا بالصوم لأنه معسر ولا يملك شيئًا». «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٨). وينظر: «تحفة المحتاج» (٨/ ١٩٨).
وهو مذهب الحنابلة أيضًا. ينظر: «المغني» (٨/ ٣٨)، «شرح الزركشي» (٢/ ٥١٤).

(٥) يعني: من قال أن العبد يملك بالتملك أجاز له الإطعام، وللحنابلة وجهٌ: أن العبد له الإطعام بإذن السيد ـ وإن لم يحكم بتملكه؛ حكاه الزركشي في «شرح مختصر الخرقي» (٢/ ٥١٤).

فَقَالَ مَالِكٌ[١]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٢]: يَسْتَأْنِفُ الصِّيَامَ، [م/ ١٨٠و] إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ شَرَطَ فِي ذَلِكَ الْعَمْدَ، وَلَمْ يُفَرِّقْ مَالِكٌ بَيْنَ الْعَمْدِ فِي ذَلِكَ وَالنِّسْيَانِ؛ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: لَا يَسْتَأْنِفُ عَلَى حَالٍ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: شَبَهُ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ.

وَالشَّرْطُ الَّذِي وَرَدَ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ ـ أَعْنِي: أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيسِ ـ فَمَنِ اعْتَبَرَ هَذَا الشَّرْطَ قَالَ: يَسْتَأْنِفُ الصَّوْمَ.

وَمَنْ شَبَّهَهُ بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ قَالَ: (لَا يَسْتَأْنِفُ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ فِي الْيَمِينِ تَرْفَعُ الْحِنْثَ بَعْدَ وُقُوعِهِ بِاتِّفَاقٍ.

١٨٢٠ **وَمِنْهَا**: هَلْ مِنْ)[٤] شَرْطِ الرَّقَبَةِ أَنْ تَكُونَ مُؤْمِنَةً أَمْ لَا؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ[٥]، وَالشَّافِعِيُّ[٦] إِلَى أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ فِي الْإِجْزَاءِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]: يُجْزِئُ فِي ذَلِكَ رَقَبَةُ الْكَافِرِ، وَلَا يُجْزِئُ عِنْدَهُمْ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١١٨)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٥٣).

(٢) قال القدوري: «فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلًا عامدًا أو نهارًا ناسيًا، استأنف الصوم عند أبي حنيفة». «مختصر القدوري» (ص١١٩). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢١).

(٣) قال زكريا الأنصاري: «فإن وطئ المظاهر منها ليلًا قبل تمام الشهرين عصى بتقديم الوطء على تمام التكفير ولم يستأنف لأنه وطء لا يؤثر في الصوم، فلا يقطع التتابع: كالأكل بالليل ووطء غير المظاهر منها». «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٩).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٥)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١١٢).

(٦) ينظر: «منهاج الطالبين» (ص١١٣)، «الغرر البهية» (٤/ ٢١٥).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٩)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢١٤).

(٧) قال المرغيناني: «وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير». «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٢٦)، وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٣).

إِعْتَاقُ[1] الْوَثَنِيَّةِ، وَلا الْمُرْتَدَّةِ[2].

وَدَلِيلُ **الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ**: أَنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ[3]، فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ مُسْلِمَةً، أَصْلُهُ: الْإِعْتَاقُ فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ؛ وَرُبَّمَا قَالُوا: إِنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ حَمْلِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ قَيَّدَ الرَّقَبَةَ بِالْإِيمَانِ فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ، وَأَطْلَقَهَا فِي الظِّهَارِ فَيَجِبُ صَرْفُ الْمُطْلَقِ إِلَى الْمُقَيَّدِ.

وَهَذَا النَّوْعُ مِنْ حَمْلِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ فِيهِ خِلَافٌ[4].

وَالْحَنَفِيَّةُ لَا يُجِيزُونَهُ[5]، وَذَلِكَ: أَنَّ الْأَسْبَابَ فِي الْقَضِيَّتَيْنِ مُخْتَلِفَةٌ.

وَأَمَّا حُجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ: فَهُوَ ظَاهِرُ الْعُمُومِ، وَلَا مُعَارَضَةَ عِنْدَهُ بَيْنَ الْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ، فَوَجَبَ عِنْدَهُ أَنْ يُحْمَلَ كُلٌّ عَلَى لَفْظِهِ.

١٨٢١ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ هَلْ مِنْ شَرْطِ الرَّقَبَةِ أَنْ تَكُونَ سَالِمَةً مِنَ الْعُيُوبِ أَمْ لَا؟ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ سَلِيمَةً، فَمِنْ أَيِّ الْعُيُوبِ تُشْتَرَطُ سَلَامَتُهَا؟

فَالَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَنَّ لِلْعُيُوبِ تَأْثِيرًا فِي مَنْعِ إِجْزَاءِ الْعِتْقِ.

وَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا [ب/ ٢٨٧و] تَأْثِيرٌ فِي ذَلِكَ[6].

---

(١) ليست في (ب).
(٢) في (م): «المدبرة».
(٣) في (م): «الرقبة».
(٤) ينظر: «البحر المحيط»، للزركشي (٥/ ١٤ ـ ١٥).
(٥) ينظر: «شرح التلويح على التوضيح»، للتفتازاني (١/ ١٢٠).
(٦) قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من العيوب التي تكون في الرقاب ما يجزئ ومنها ما لا يجزئ.
فممَّا أجمعوا عليه أنه لا يجزئ: إذا كان أعمى، أو مقعدًا، أو مقطوع اليدين أو أشلّهما، أو الرِّجلين». «الأوسط» (٩/ ٤١٣).
وقال ابن عبد البر: «أجمعوا على أنّ العيب الخفيف في الرقاب الواجبة يجزئ نحو الحول ونقصان الضرس والظفر وأثر كي النار والجرح الذي قد برئ، وذلك كله يرد =

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ [أ/٣٣١ظ] تَشْبِيهُهَا بِالْأَضَاحِيِّ وَالْهَدَايَا لِكَوْنِ الْقُرْبَةِ تَجْمَعُهُمَا.

وَحُجَّةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي إِطْلَاقُ اللَّفْظِ فِي الْآيَةِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ مُعَارَضَةُ الظَّاهِرِ(١) لِقِيَاسِ الشَّبَهِ.

وَالَّذِينَ قَالُوا: إِنَّ لِلْعُيُوبِ تَأْثِيرًا فِي مَنْعِ الْإِجْزَاءِ؛ اخْتَلَفُوا فِي عَيْبٍ عَيْبٍ مِمَّا يُعْتَبَرُ فِي الْإِجْزَاءِ وعَدَمِهِ.

١٨٢٢ أَمَّا الْعَمَى وَقَطْعُ الْيَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ: **فَلَا خِلَافَ** عِنْدَهُمْ فِي أَنَّهُ مَانِعٌ لِلْإِجْزَاءِ(٢).

١٨٢٣ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا دُونَ ذَلِكَ:

فَمِنْهَا: هَلْ يَجُوزُ قَطْعُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ؟

أَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَمَنَعَهُ مَالِكٌ(٤)، وَالشَّافِعِيُّ(٥).

١٨٢٤ وَأَمَّا الْأَعْوَرُ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٦): لَا يُجْزِئُ.

= به العيب إذا نقص من الثمن؛ فدل ذلك على أنه ليس المعتبر في الرقاب السلامة من جميع العيوب». «الاستذكار» (٧/ ٣٤٥).

(١) في (ب): «الظهار».

(٢) نقل الإجماع: ابن المنذر في «الأوسط» (٩/ ٤١٣)، وابن القطان في «الإقناع» (١/ ٣٧٣).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٤٣)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٤)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٧).

(٤) ينظر: «النوادر والزيادات» (١/ ١٦)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٥).

(٥) ينظر: «كفاية الأخيار» (ص٤١٧)، «الغرر البهية» (٤/ ٣١٧).

(٦) في «المدونة» (٢/ ٣٢٨): «سئل مالك: عن الأعرج يعتق في الكفارات الواجبة، فقال لي: إن كان شيئًا خفيفًا أجزأ ذلك عنه». وقبلها: «أرأيت إن أعتق عن ظهاره عبدًا أعور؛ أيجزئه ذلك في قول مالك؟ قال: قال مالك: نعم يجزئه». =

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: يُجْزِئُ[(١)].

١٨٢٥ وَأَمَّا الأَقْطَعُ الْأُذُنَيْنِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: لَا يُجْزِئُ. وَقَالَ أَصْحَابُ[(٣)] الشَّافِعِيِّ[(٤)]: يُجْزِئُ.

١٨٢٦ وَأَمَّا الْأَصَمُّ:

فَاخْتلفَ فِيهِ مَذْهَبُ مَالِكٍ[(٥)]:

فَقِيلَ: يُجْزِئُ.

وَقِيلَ: لَا يُجْزِئُ.

١٨٢٧ وَأَمَّا الْأَخْرَسُ:

فَلَا يُجْزِئُ عِنْدَ مَالِكٍ[(٦)].

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ[(٧)] فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ.

١٨٢٨ وأَمَّا الْمَجْنُونُ:

= ونقل ابن المنذر الإجماع على جواز الأعرج خلافًا لمالك. ينظر: «الإجماع» (ص١١٧)، «المعتمد في المذهب جواز العور». ينظر: «الرسالة»، للقيرواني (ص٩٧)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٦).

(١) قال ابن الماجشون: لا يجزئ. «الاستذكار» (٧/ ٣٤٣).

(٢) قال القاضي عبد الوهاب: «لا يجزئ أقطع الأذنين». «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٧٧٩). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٥).

(٣) ليست في (أ).

(٤) ينظر: «المهذب» (٣/ ٧٠)، «كفاية الأخيار» (ص٤١٧).

(٥) والإجزاء قول أشهب. ينظر: «الاستذكار» (٧/ ٣٤٣).

(٦) ينظر: «النوادر والزيادات» (١/ ١٦)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٥).

(٧) قال الشيرازي: «وأما الأخرس: فقد قال في موضع يجزئه. وقال في موضع: لا يجزئه فمن أصحابنا من قال: إن كان مع الخرس صَمَم لم يجزه، لأنه يضر بالعمل ضررًا بيِّنًا، وإن لم يكن معه صمم أجزأه؛ لأنه لا يضر بالعمل ضررًا بيِّنًا». «المهذب» (٣/ ٧٠)، والمعتمد جواز الأخرس إن أفهمت إشارته. ينظر: «الإقناع» (٢/ ٤٥٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٦٠).

فَلَا يُجْزِئُ.

١٨٢٩ وأَمَّا الْخَصِيُّ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يُعْجِبُنِي الْخَصِيُّ(١).

وَقَالَ غَيْرُهُ: لَا يُجْزِئُ(٢).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): يُجْزِئُ.

١٨٣٠ وَإِعْتَاقُ الصَّغِيرِ:

جَائِزٌ فِي قَوْلِ عَامَّةِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٤).

وَحَكَى عَنْ بَعْضِ الْمُتَقَدِّمِينَ مَنْعَهُ(٥).

---

(١) جاء في «المدونة» (٢/ ٣٢٧): «قلت لابن القاسم: أرأيت الخصي المجبوب، أيجزئ في الكفارات في قول مالك؟

قال: لم أسمع فيه شيئًا إلا أني رأيت مالكًا، يضعف شأن الخصي في غير وجه واحد، سمعته يكره أن يكون الخصي إمامًا راتبًا في مساجد القبائل أو مساجد الجماعات، والخصي: إنما ارتفع ثمنه بما صنع فيه من الأباطيل حين أنثوه، وقد انتقص بدنه فغير الخصي أحب إلي من الخصي في الكفارات».

(٢) قارن بهذا: قول ابن قدامة: «لا نعلم في إجزاء الخصي خلافًا، سواء كان مقطوعًا أو مشلولًا أو موجوءًا». «المغني» (٩/ ٥٥٣).

(٣) وهو قول الجمهور؛ من الحنفية، والشافعية، والحنابلة. ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٧/ ٥)، «المهذب» (٢/ ١١٦)، «كفاية الأخيار» (ص٤١٧)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢١٩).

(٤) قال ابن عبد البر: «أجمع علماء المسلمين أنَّ من ولد بين أبوين مسلمين، ولم يبلغ حد الاختيار والتمييز، فحكمه حكم المسلم المؤمن في الوراثة والصلاة عليه ودفنه بين المسلمين وأن ديته إن قتل مثل دية أحدهم؛ فدلَّ ذلك أنه يجزئ في الرقاب المؤمنة». «الاستذكار» (٧/ ٣٤٠).

(٥) فحكي عن إبراهيم النخعي والشعبي: أنه لا يجزئ في الرقبة المؤمنة ـ إلا من صام وصلى، أما الرقاب التي لم يشترط فيها الإيمان، فيجزئ فيها عتق الصغير. ينظر: «الأوسط» (١٢/ ١٩٩)، «الاستذكار» (٧/ ٢٤٠).

١٨٣١ وَالْعَرَجُ الْخَفِيفُ:

فِي الْمَذْهَبِ: يُجْزِئُ.

وأَمَّا الْبَيِّنُ الْعَرَجِ: فَلَا.

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي قَدْرِ النَّقْصِ الْمُؤَثِّرِ فِي الْقُرْبَةِ، (وَلَيْسَ لَهُ أَصْلٌ)(١) فِي الشَّرْعِ إِلَّا الضَّحَايَا.

وَكَذَلِكَ لَا يُجْزِئُ فِي الْمَذْهَبِ مَا فِيهِ شَرِكَةٌ، أَوْ طَرَفُ حُرِّيَّةٍ: كَالْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

١٨٣٢ وَالتَّحْرِيرُ هُوَ ابْتِدَاءُ الْإِعْتَاقِ.

وَإِذَا كَانَ فِيهِ عَقْدٌ مِنْ عُقُودِ الْحُرِّيَّةِ كَالْكِتَابَةِ كَانَ تَنْجِيزًا لَا إِعْتَاقًا.

وَكَذَلِكَ الشَّرِكَةُ لِأَنَّ بَعْضَ الرَّقَبَةِ لَيْسَ بِرَقَبَةٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ أَدَّى شَيْئًا مِنْ مَالِ(٢) الْكِتَابَةِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُؤَدِّ جَازَ.

١٨٣٣ وَاخْتَلَفُوا هَلْ يُجْزِيهِ عِتْقُ مُدَبَّرِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣): (لَا يُجْزِيهِ تَشْبِيهًا بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَيْسَ لَهُ حَلُّهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): يُجْزِيهِ؛ وَلَا [م/ ١٨٠ظ] يجوز عِنْدَ مَالِكٍ)(٥) إِعْتَاقُ

---

(١) بيض مكانه في (م). (٢) من (م).

(٣) قال المواق: «ولا يجزئه أن يعتق مدبرًا ولا مكاتبًا ولا عبدًا». «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٦). وينظر: «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١١٤).

(٤) قال النووي: «يجزئ المدبر والمعلق عتقه بصفة، ولو أراد بعد التعليق أن يجعل العتق المعلق عند حصوله عن الكفارة، لم يجزئه». «روضة الطالبين» (٨/ ٢٨٨). وينظر: «الغرر البهية» (٤/ ٣١٨).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

أُمِّ وَلَدِهِ(١)، وَلَا الْمُعْتَقِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى(٢).

وَأَمَّا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ [ب/٢٨٧ظ]: فَلِأَنَّ عَقْدَهَا آكَدُ مِنْ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ، (بِدَلِيلِ أَنَّهُمَا قَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِمَا الْفَسْخُ.

أَمَّا فِي الْكِتَابَةِ: فَمِنَ الْعَجْزِ عَنْ أَدَاءِ النُّجُومِ.

وَأَمَّا فِي التَّدْبِيرِ)(٣)، فَإِذَا ضَاقَ عَنْهُ الثُّلُثُ.

وَأَمَّا الْعِتْقُ إِلَى أَجَلٍ: فَإِنَّهُ عَقْدُ(٤) عِتْقٍ لَا سَبِيلَ إِلَى حَلِّهِ.

١٨٣٤ وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، فِي إِجْزَاءِ عِتْقِ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالنَّسَبِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦): لَا يُجْزِي عَنْهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧): إِذَا نَوَى بِهِ عِتْقَهُ عَنْ ظِهَارٍ أَجْزَأَ.

فَأَبُو حَنِيفَةَ شَبَّهَهُ [أ/٣٣٢و] بِالرَّقَبَةِ الَّتِي لَا يَجِبُ عِتْقُهَا، وَذَلِكَ: أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنَ الرَّقَبَتَيْنِ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ شِرَاؤُهَا، وَبَذْلُ الْقِيمَةِ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْعِتْقِ، فَإِذَا نَوَى بِذَلِكَ التَّكْفِيرَ جَازَ.

---

(١) في (أ): «ولد»، وفي (ب): «أم الولد».

(٢) ليست في (م).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) ليست في (ب).

(٥) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٦)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٦).

(٦) قال النووي: «إذا اشترى من يعتق عليه، ونوى كون العتق عن الكفارة، فعن الأودني: أنه يجزئه، والصحيح أنه لا يجزئه». «روضة الطالبين» (٨/ ٢٨٧)، وينظر: «كفاية الأخيار» (ص٤١٧).
ومذهب الحنابلة موافق للمالكية والشافعية. ينظر: «الإقناع»، للحجاوي (٤/ ٨٩)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٧٣).

(٧) قال الكاساني: «إذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه؛ عتق عليه، نوى أو لم ينو عند عامة العلماء؛ لأن شراءه جُعل إعتاقًا شرعًا حتى تتأدى به الكفارة إذا اشترى أباه ناويًا عن الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة». «بدائع الصنائع» (٤/ ٤٧). وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٤).

وَالْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ رَأَتْ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ عَتَقَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ إِلَى إِعْتَاقِهِ فَلَا يُجْزِيهِ.

فَأَبُو حَنِيفَةَ أَقَامَ الْقَصْدَ لِلشِّرَاءِ مَقَامَ الْعِتْقِ.

وَهَؤُلَاءِ قَالُوا: لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِلْعِتْقِ نَفْسِهِ، فَكِلَاهُمَا يُسَمَّى مُعْتِقًا بِاخْتِيَارِهِ، لَكِنَّ أَحَدَهُمَا مُعْتِقٌ بِالِاخْتِيَارِ الْأَوَّلِ، وَالْآخَرُ مُعْتِقٌ بِلَازِمِ الِاخْتِيَارِ، فَكَأَنَّهُ مُعْتِقٌ عَلَى الْقَصْدِ الثَّانِي، ويشتري[1] عَلَى الْقَصْدِ الْأَوَّلِ، وَالْآخَرُ بِالْعَكْسِ.

١٨٣٥ وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ فِيمَنْ أَعْتَقَ نِصْفَيْ عَبْدَيْنِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[2]: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[3]: يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْوَاحِدِ.

وَمَالِكٌ تَمَسَّكَ بِظَاهِرِ دَلَالَةِ اللَّفْظِ:

فَهَذَا مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنْ شُرُوطِ الرَّقَبَةِ.

وَأَمَّا شُرُوطُ الْإِطْعَامِ:

١٨٣٦ فَإِنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِي الْعَدَدِ الَّذِي يُجْزِي لِمِسْكِينٍ مِسْكِينٍ مِنَ السِّتِّينَ مِسْكِينًا الَّذِينَ وَقَعَ عَلَيْهِمُ النَّصُّ:

فَعَنْ مَالِكٍ[4] فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ، **أَشْهَرُهُمَا**: أَنَّ ذَلِكَ مُدٌّ بِمُدِّ

---

(١) في (م): «ومشتري».

(٢) وهو قول الحنفية أيضًا، ووافق الحنابلة الشافعية. ينظر: «فتح القدير»، لابن الهمام (٤/ ٢٦٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٥٧)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٢٢).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (١/ ٥٣٧)، «حاشية الجمل» (١٠/ ٣٩٣).

(٤) قال ابن حبيب: قال مطرف: كان مالك يفتي في كفارة الظهار بمُدَّين لكل مسكين، ويكره أن يقال: مدّ هشام.
وروى ابن حبيب أن مُدَّ هشام الذي جعله لفرض الزوجات فيه مد وثلث. وروى ابن القاسم أنه مدَّان إلا ثلثًا، وروى البغداديون عن معن بن عيسى أنه مدَّان بمدِّ النبي ﷺ. «النوادر والزيادات» (١/ ٢٩٨). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٨).

هِشَامٍ[١] لِكُلِّ وَاحِدٍ، وَذَلِكَ مُدَّانِ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَدْ قِيلَ: هُوَ أَقَلُّ.

وَقَدْ قِيلَ: هُوَ مُدٌّ وَثُلُثٌ.

وَأَمَّا الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: (فَمُدٌّ مُدٌّ)[٢] لِكُلِّ مِسْكِينٍ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٣].

فَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى اعْتِبَارُ [ب/٢٨٨و] الشِّبَعِ غَالِبًا ـ أَعْنِي: الْغَدَاءَ وَالْعَشَاءَ.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ اعْتِبَارُ هَذِهِ الْكَفَّارَةِ بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ، فَهَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِي شُرُوطِ الصِّحَّةِ فِي الْوَاجِبَاتِ فِي هَذِهِ الْكَفَّارَةِ.

١٨٣٧ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي مَوَاضِعِ تَعَدُّدِهَا وَمَوَاضِعِ اتِّحَادِهَا:

فَمِنْهَا: إِذَا ظَاهَرَ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ نِسْوَةٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، هَلْ يُجْزِي فِي ذَلِكَ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، أَمْ تَكُونُ عَدَدُ الْكَفَّارَاتِ عَلَى عَدَدِ النِّسْوَةِ؟

فَعِنْدَ مَالِكٍ[٤]: أَنَّهُ يُجْزِي فِي ذَلِكَ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٥]، وَأَبِي حَنِيفَةَ[٦]: أَنَّ فِيهَا مِنَ الْكَفَّارَاتِ بِعَدَدِ الْمُظَاهَرِ مِنْهُنَّ إِنِ اثْنَتَيْنِ فَاثْنَتَيْنِ، وَإِنْ ثَلَاثًا فَثَلَاثًا، وَإِنْ أَرْبَعًا فَأَرْبَعًا.

---

(١) هو هشام بن إسماعيل المخزومي عامل كان بالمدينة لبني مروان. ومدّ هشام بالمدينة معروف كما أن الصاع الحجَّاجي معروف بالعراق. «الاستذكار» (٣/ ٢٧١).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فمدًّا مدًّا».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٢٦)، «الغرر البهية» (٤٣٨٧).

(٤) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٢٢)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١١٧).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٠٧).

(٥) ينظر: «المهذب» (٣/ ٦٨)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦١).

(٦) قال السرخسي: «وإذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعليه أربع كفارات عندنا». «المبسوط» (٦/ ٢٢٦). وينظر: «تبيين الحقائق» (٣/ ٦).

فَمَنْ شَبَّهَهُ بِالطَّلَاقِ أَوْجَبَ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةً؛ وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْإِيلَاءِ أَوْجَبَ فِيهِ كَفَّارَةً وَاحِدَةً، وَهُوَ بِالْإِيلَاءِ أَشْبَهُ.

١٨٣٨ **وَمِنْهَا**: [أ/ ٣٣٢ظ] إِذَا ظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ فِي مَجَالِسَ شَتَّى؛ هَلْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، أَوْ عَلَى عَدَدِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي ظَاهَرَ فِيهَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(١): لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، إِلَّا أَنْ يُظَاهِرَ، ثُمَّ يُكَفِّرَ، ثُمَّ يُظَاهِرَ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ثَانِيَةٌ.

وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ(٢)، وَأَحْمَدُ(٣)، وَإِسْحَاقُ(٤).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦): لِكُلِّ ظِهَارٍ كَفَّارَةٌ.

١٨٣٩ وَأَمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ:

فَلَا خِلَافَ عِنْدَ مَالِكٍ أَنَّ فِي ذَلِكَ كَفَّارَةً وَاحِدَةً.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ(٧)، والشافعي(٨): أَنَّ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَصَدَ

---

(١) قال مالك: وإن تظاهر منهن في مجالس مختلفة ففي كل واحدة كفارة كفارة، وإن كان في مجلس واحد فقال لواحدة أنت علي كظهر أمي ثم قال للأخرى أيضًا: وأنت علي كظهر أمي حتى أتى على الأربع كان عليه لكل واحدة كفارة كفارة. «المدونة» (٢/ ٣١١). وينظر: «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٧٧٢)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٤/ ٣٠١).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٠٧).
(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥١).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٠٧).
(٣) ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٣٠٧).
(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥١).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٠٧).
(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٥)، «البحر الرائق» (٤/ ١٠٨).
(٦) ينظر: «روضة الطالبين» (٦/ ٣١)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٧٣).
(٧) ينظر: «البحر الرائق» (٤/ ١٠٨)، «الدر المختار» (٣/ ٤٧١).
(٨) ينظر: «روضة الطالبين» (٦/ ٣١)، «أسنى المطالب» (٣/ ٢٧٣).

التَّأْكِيدَ كَانَتِ الْكَفَّارَةُ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَرَادَ اسْتِئْنَافَ الظِّهَارِ (كَانَ مَا أَرَادَ، وَلَزِمَهُ مِنَ الْكَفَّارَاتِ عَلَى عَدَدِ الظِّهَارِ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: تَلْزَمُ الْكَفَّارَةُ عَلَى عَدَدِ الظِّهَارِ سَوَاءٌ [م/ ١٨١و] كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، أَوْ فِي مَجَالِسَ شَتَّى[١].

وَالسَّبَبُ فِي هَذَا الِاخْتِلَافِ:

أَنَّ الظِّهَارَ الواحد[٢] بِالْحَقِيقَةِ، هُوَ الَّذِي يَكُونُ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ مِنِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ.

وَالْمُتَعَدِّدُ بِلَا خِلَافٍ:

هُوَ الَّذِي يَكُونُ بِلَفْظَيْنِ مِنِ امْرَأَتَيْنِ فِي وَقْتَيْنِ.

فَإِنْ كَرَّرَ اللَّفْظَ مِنِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، فَهَلْ يُوجِبُ اللَّفْظُ تَعَدُّدَ الظِّهَارِ، أَمْ لَا يُوجِبُ ذَلِكَ، (فَفِيهِ تردد)[٣].

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ وَاحِدًا، وَالْمُظَاهَرُ مِنْهَا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ؟

وَذَلِكَ: أَنَّ هَذِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَوَسِّطَاتِ بَيْنَ ذَيْنِكَ[٤] الطَّرَفَيْنِ:

فَمَنْ غَلَّبَ عليها شَبَهَ الطَّرَفِ الْوَاحِدِ أَوْجَبَ لَهُ حُكْمَهُ.

وَمَنْ غَلَّبَ عليه شَبَهَ الطَّرَفِ الثَّانِي أَوْجَبَ لَهُ حُكْمَهُ.

١٨٤٠ **وَمِنْهَا**: إِذَا ظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ، ثُمَّ مَسَّهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ [ب/ ٢٨٨ظ]، هَلْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ أَمْ لَا؟

---

(١) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٢).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الواجب».

(٣) في المطبوع: «فيه تعددا».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ذلك».

فَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ، وَمَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وَالثَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَأَحْمَدُ[٤]، وَإِسْحَاقُ[٥]، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ، وَالطَّبَرِيُّ، وَأَبُو عُبَيْدٍ[٦]: أَنَّ فِي ذَلِكَ كَفَّارَةً وَاحِدَةً.

وَالْحُجَّةُ لَهُمْ: «حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ الْبَيَاضِيِّ: أَنَّهُ ظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ثُمَّ وَقَعَ[٧] بِامْرَأَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، فَأَتَى رَسُولَ اللهِ ﷺ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُكَفِّرَ تَكْفِيرًا وَاحِدًا[٨]».

وَقَالَ قَوْمٌ: عَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ: كَفَّارَةُ الْعَزْمِ عَلَى الْوَطْءِ، وَكَفَّارَةُ الْوَطْءِ، لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْأً مُحَرَّمًا، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، وَقَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، وَابْنِ شِهَابٍ[٩].

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لَا عَنِ الْعَوْدِ وَلَا عَنِ الْوَطْءِ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى اشْتَرَطَ صِحَّةَ الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، فَإِذَا مَسَّ فَقَدْ خَرَجَ وَقْتُهَا، فَلَا تَجِبُ إِلَّا بِأَمْرٍ مُجَدَّدٍ[١٠]، وَذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي مَسْأَلَتِنَا!

وَفِيهِ شُذُوذٌ.

---

(١) ينظر: «المدونة» (٢/ ٣٢١ ـ ٣٢٢).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٤).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٢٥).

(٤) ينظر: «المغني» (٨/ ١١).

(٥) ينظر: «الشرح الكبير»، لابن قدامة (٨/ ٥٧٩).

(٦) كما في «الأوسط» (٩/ ٣٩٧)، قال ابن المنذر: «قالت طائفة: يستغفر الله، ويكفر كفارة واحدة. وكذلك قال عطاء، والنخعي، والحسن، وجابر بن زيد، وأبو مجلز، وعبيد الله بن أذينة، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي».

(٧) بيض مكانها في (م).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) كما في «الأوسط» (٩/ ٣٩٧).

(١٠) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «محدود».

وَقَالَ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ حَزْمٍ(١): مَنْ كَانَ فَرْضُهُ الْإِطْعَامَ، فَلَيْسَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْمَسِيسُ [أ/٣٣٣و] قَبْلَ الْإِطْعَامِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْمَسِيسُ عَلَى مَنْ كَانَ فَرْضُهُ الْعِتْقَ أَوِ الصِّيَامَ.

(تَمَّ كِتَابُ الظِّهَارِ، وَالْحَمْدُ للهِ)(٢).

---

(١) ينظر: «المحلى بالآثار» (١٠/ ٥٠)، وفيه: «ولا يحل له أن يطأها، ولا أن يمسها بشيء من بدنه؛ فضلًا عن الوطء حتى يكفر بالعتق أو بالصيام، فإن أقدم أو نسي فوطئ قبل أن يكفر بالعتق أو بالصيام أمسك عن الوطء حتى يكفِّر، ولا بد، فإن عجز عن الصيام: فعليه أن يطعم ستين مسكينًا متغايرين شبعهم، ولا يحرم عليه وطؤها قبل الإطعام».

(٢) ما بين القوسين من (م).

(بَسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ، وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[١]

كِتَابُ اللِّعَانِ

١٨٤١ وَالْقَوْلُ فِيهِ يَشْتَمِلُ عَلَى خَمْسَةِ فُصُولٍ، بَعْدَ الْقَوْلِ بِوُجُوبِهِ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَنْوَاعِ الدَّعَاوِي الْمُوجِبَةِ لَهُ، وَشُرُوطِهَا[٢].

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي صِفَاتِ الْمُتَلَاعِنَيْنِ.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي صِفَةِ اللِّعَانِ.

الرَّابِعُ: فِي حُكْمِ نُكُولِ أَحَدِهِمَا، أَوْ رُجُوعِهِ.

الْخَامِسُ: فِي الْأَحْكَامِ اللَّازِمَةِ لِتَمَامِ اللِّعَانِ.

فَأَمَّا الْأَصْلُ فِي وُجُوبِ اللِّعَانِ:

أَمَّا مِنَ الْكِتَابِ:

فَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وتَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٦]. الْآيَةَ.

وَأَمَّا مِنَ السُّنَّةِ:

فَمَا رَوَاهُ مَالِكٌ[٣]، وَغَيْرُهُ - مِنْ مُخَرِّجِي الصَّحِيحِ[٤]، مِنْ «حَدِيثِ عُوَيْمِرٍ الْعَجْلَانِيِّ، إِذْ جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ الْأَنْصَارِيِّ، فَقَالَ لَهُ:

يَا عَاصِمُ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ، فَتَقْتُلُونَهُ؟ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ سَلْ يَا عَاصِمُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَسَأَلَ عَاصِمٌ عَنْ ذَلِكَ

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وشروطه».
(٣) «موطأ مالك»: (٢/ ٥٦٦).
(٤) أخرجه البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢).

رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَلَمَّا رَجَعَ عَاصِمٌ إِلَى أَهْلِهِ [ب/٢٨٩و] جَاءَ عُوَيْمِرٌ فَقَالَ: يَا عَاصِمُ، مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللهِ ﷺ؟ فَقَالَ عاصم: لَمْ تَأْتِنِي بِخَيْرٍ، قَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي سَأَلْتَ عَنْهَا، فَقَالَ: وَاللهِ لَا أَنْتَهِي حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا، فَأَقْبَلَ عُوَيْمِرٌ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللهِ ﷺ وَسَطَ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ، فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: قَدْ نَزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ قُرْآنٌ، فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا، وَقَالَ سَهْلٌ: فَتَلَاعَنَا، وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَلَمَّا فَرَغَا مِنْ تَلَاعُنِهِمَا، قَالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ [م/١٨١ظ] إِنْ أَمْسَكْتُهَا! فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَه رَسُولُ اللهِ ﷺ».

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَلَمْ تَزَلْ تِلْكَ سُنَّةَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ.

وَأَيْضًا - مِنْ طريق الْمَعْنَى: لَمَّا كَانَ الْفِرَاشُ مُوجِبًا لِلحُوقِ النَّسَبِ - كَانَ بِالنَّاسِ [أ/٣٣٣ظ] ضَرُورَةٌ إِلَى طَرِيقٍ يَنْفُونَهُ إِذَا تَحَقَّقُوا فَسَادَهُ، وَتِلْكَ الطَّرِيقُ هِيَ اللِّعَانُ، فَاللِّعَانُ حُكْمٌ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ، وَالسُّنَّةِ، وَالْقِيَاسِ، وَالْإِجْمَاعِ[١]، إِذْ لَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ أَعْلَمُهُ، فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي إِثْبَاتِ حُكْمِهِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

١٨٤٢ وَأَمَّا صُوَرُ[٢] الدَّعَاوِي الَّتِي يَجِبُ بِهَا اللِّعَانُ، فَهِيَ أَوَّلًا صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: دَعْوَى الزِّنَا.

وَالثَّانِيَةُ: نَفْيُ الْحَمْلِ.

وَدَعْوَى الزِّنَا لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مُشَاهَدَةً - أَعْنِي: أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ شَاهَدَهَا تَزْنِي، كَمَا يَشْهَدُ الشَّاهِدُ عَلَى الزِّنَا، أَوْ تَكُونَ دَعْوَى مُطْلَقَةً.

---

(١) نقل الإجماع: القاضي عبد الوهاب في «المعونة» (ص٨٩٩)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٨١)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٦٧).

(٢) في (أ): «أصول».

وَإِذَا نُفِيَ الْحَمْلُ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يَنْفِيَهُ أَيْضًا نَفْيًا مُطْلَقًا، أَوْ يَزْعُمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْرَبْهَا بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ بَسَائِطَ.

وَسَائِرُ الدَّعَاوِي تَتَرَكَّبُ عَنْ هَذِهِ، مِثْلُ أَنْ يَرْمِيَهَا بِالزِّنَا وَيَنْفِيَ الْحَمْلَ، أَوْ يُثْبِتَ الْحَمْلَ وَيَرْمِيَهَا بِالزِّنَا.

١٨٤٣ فَأَمَّا وُجُوبُ اللِّعَانِ بِالْقَذْفِ بِالزِّنَا إِذَا ادَّعَى الرُّؤْيَةَ: **فَلَا خِلَافَ فِيهِ**(١).

قَالَتِ الْمَالِكِيَّةُ: إِذَا زَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَطَأْهَا بَعْدُ(٢).

١٨٤٤ وَأَمَّا وُجُوبُ اللِّعَانِ بِمُجَرَّدِ الْقَذْفِ:

فَالْجُمْهُورُ [ب/٢٨٩ظ] عَلَى جَوَازِهِ: الشَّافِعِيُّ(٣)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٤)، وَالثَّوْرِيُّ(٥)، وَأَحْمَدُ(٦)، وَدَاوُدُ(٧)، وَغَيْرُهُمْ(٨).

---

(١) نقل الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٨١)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٦٧).

(٢) قال ابن عبد البر: «وإنما يجب اللعان بين الزوجين الحرَّين المسلمين ـ عند مالك ـ بأحد أمرين، إما استبراء رحم لا وطء بعده حتى يظهر حمل فينكره، فإن أكره لاعنها للحمل، ولم ينتظر وضعه، أو رؤية زنى يصفه ـ كما يصف الشهود ثم لا يطأ بعده، فبهذين أو بأحدهما يجب اللعان». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٠)، وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٢).

(٣) قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: «سببه وهو قذف الزوجة أو نفي الولد، فيلاعن لدفع حد لزمه بقذفه لها، وإن لم يكن نكاح ولا ولد». «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٧). وينظر: «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٠٢).

(٤) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٧/ ٣٩)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٧).

(٥) ينظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٥/ ٣١٧).

(٦) قال المرداوي: «وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فله إسقاط الحد باللعان، بلا نزاع، ويسقط الحد عنه بلعانه وحده». «الإنصاف» (٩/ ٢٣٥). وينظر: «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٧٩).

(٧) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٠).

(٨) كالأوزاعي وأبي عبيد وإسحاق. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٠).

وَأَمَّا الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ[١]: فَإِنَّهُ (لَا يَجُوزُ)[٢] اللِّعَانُ عِنْدَهُ بِمُجَرَّدِ الْقَذْفِ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنَّهُ يَجُوزُ، وَهِيَ أَيْضًا - رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ[٣].

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٦]. الْآيَةَ.

وَلَمْ يَخُصَّ فِي الزِّنَا صِفَةً دُونَ صِفَةٍ، كَمَا قَالَ فِي إِيجَابِ حَدِّ الْقَذْفِ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ ظَوَاهِرُ الْأَحَادِيثِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ:

مِنْهَا: قَوْلُهُ فِي حَدِيثِ سَعْدٍ[٤]: «أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا»[٥]. وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ[٦]، وَفِيهِ: «فَجَاءَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، وَاللهِ[٧] لَقَدْ (رَأَيْتُ بِعَيْنِي، وسَمِعْتُ بِأُذُنِي)، فَكَرِهَ رَسُولُ اللهِ ﷺ (مَا جَاءَ بِهِ وَاشْتَدَّ)[٨] عَلَيْهِ، فنَزَلَتْ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٦]» الْآيَةَ، وَأَيْضًا - فَإِنَّ الدَّعْوَى يَجِبُ أَنْ تَكُونَ بِبَيِّنَةٍ[٩] كَالشَّهَادَةِ[١٠].

---

(١) قال ابن عبد البر: «فالمشهور من مذهبه: أن اللعان لا يجب حتى يقول الرجل لامرأته رأيتك تزنين أو ينفي حملًا بها أو ولدًا منها». «الاستذكار» (٦/ ٨٩).
وقال القاضي عبد الوهاب في «التلقين» (ص٣٣٩): «ويجب بثلاثة أوجه:
أحدها: أن يدعي أنه رأى امرأته زنت، ويصف ذلك كما يصف الشهود على الزنا. وفي اللعان بمجرد قذفها خلاف، ومن شروط الالتعان بغير الرؤية ألا يطأ بعدها.
والثاني: أن يستبرئ، ثم لا يطأ حتى يظهر الحمل.
والثالث: أن يقول: لم أطأها أصلًا).

(٢) في (ب): «يجوز».

(٣) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١١)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٣).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «سعيد».
قال المحدث الغُمَاري رحمه الله في «تخريج البداية» (٧/ ١٢٨)، (برقم: ١٣٢٢): «المراد سعد بن معاذ، وسيأتي قوله هذا في حديث ابن عباس، الذي بعده بمعناه، وقد سبق هذا اللفظ في حديث سهل بن سعد الذي قبله، وعزوه إليه أولى، لا إلى سعد».اهـ.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٢٥٦).

(٧) من (م).

(٨) بيض مكانه في (م).

(٩) في (م): «يقينية».

(١٠) في (م): «كما الشهادة».

١٨٤٥ وَفِي هَذَا الْبَابِ فَرْعٌ اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ، وَهُوَ: إِذَا ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ بَعْدَ اللِّعَانِ، فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: سُقُوطُ الْحَمْلِ عَنْهُ.

وَالْأُخْرَى: لُحُوقُهُ بِهِ(١).

١٨٤٦ **وَاتَّفَقُوا**(٢) **فِيمَا أَحْسَبُ** - أَنَّ مِنْ شَرْطِ الدَّعْوَى [أ/ ٣٣٤و] الْمُوجِبَةِ اللِّعَانَ بِرُؤْيَةِ الزِّنَا أَنْ تَكُونَ فِي الْعِصْمَةِ.

١٨٤٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ بِدَعْوَى الزِّنَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، هَلْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا لِعَانٌ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٥)، وَجَمَاعَةٌ: بَيْنَهُمَا لِعَانٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٦): لَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَنْفِيَ وَلَدًا وَلَا حَدَّ.

وَقَالَ مَكْحُولٌ، وَالْحَكَمُ، وَقَتَادَةُ(٧): يُحَدُّ وَلَا يُلَاعِنُ.

---

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٠).

(٢) واتفقت المذاهب: على أن اللعان يكون برمي الزوجة، بما يكون موجبًا للحد في حق الأجنبي. ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١٨)، «التلقين» (ص٣٣٩)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٧)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٣٥).

(٣) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٥)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٢٨).

(٤) قال النووي: «فلو طلقها رجعية بعد أن قذفها، أو قذفها في عدة الرجعة، فله أن يلاعنها - كما يطلقها، ويظاهر ويؤلي. ويصح لعانه في الحال، وتترتب أحكامه». «روضة الطالبين» (٨/ ٣٣٥). وينظر: «المهذب»، للشيرازي (٣/ ٨٥).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٠٤).

(٦) قال السمرقندي: «ولو قذفها الزوج، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثًا أو بائنًا، فلا حد ولا لعان لأنه انقطعت الزوجية، وحصل الفراق، وحكم اللعان التفريق والتحريم: فلا يصح اللعان بدون حكمه». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١٩). وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٧٠).

(٧) قال ابن عبد البر: «وفي المسألة قول ثالث فيمن طلق امرأته ثلاثًا بعد القذف: أنه يحد ولا يلاعن، قاله مكحول والحكم وجابر بن زيد والحارث العكلي وقتادة». «الاستذكار» (٦/ ١٠٤).

١٨٤٨ وَأَمَّا إِنْ نَفَى الْحَمْلَ:

فَإِنَّهُ كَمَا قُلْنَا عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَدَّعِيَ اسْتِبْرَاءَهَا، وَلَمْ يَطَأْهَا بَعْدَ الِاسْتِبْرَاءِ.

وَهَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ(١).

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الِاسْتِبْرَاءِ:

فَقَالَ مَرَّةً: ثَلَاثَ حِيَضٍ، وَقَالَ مَرَّةً: حَيْضَةٌ(٢).

١٨٤٩ وَأَمَّا نَفْيُهُ مُطْلَقًا:

فَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِذَلِكَ لِعَانٌ(٣).

وَخَالَفَهُ فِي هَذَا: الشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَحْمَدُ(٥)، وَدَاوُدُ(٦)، وَقَالُوا: لَا مَعْنَى لِهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ قَدْ تَحْمِلُ مَعَ رُؤْيَةِ الدَّمِ.

(وَحَكَى عَبْدُ الْوَهَّابِ(٧)، عَنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَفْيُ الْحَمْلِ؛ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ قَذْفٍ)(٨)

١٨٥٠ **وَاخْتَلَفُوا** [ب/ ٢٩٠و] مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ، وَهُوَ: وَقْتُ نَفْيِ الْحَمْلِ:

---

(١) تقدمت الإشارة إليه.

(٢) ينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٣٠)، «التاج والإكليل» (٤/ ١٤٥).

(٣) قال في «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٠): «فإن نفى حملها، ولم يدع استبراء فلمالك فيها قولان: **أحدهما**: أنه يلاعنها. والآخر: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن». وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٣).

(٤) ينظر: «المهذب» (٣/ ٨٣)، «منهاج الطالبين» (ص٢٥١)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٧).

(٥) قال الزركشي: «فإن نفى حملها، ولم يدع استبراء: فلمالك فيها قولان: أحدهما: أنه يلاعنها. **والآخر**: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن». «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٥٢٣)، وينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٩٢٥٥).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٦). (٧) ينظر: «الإشراف» (٢/ ٧٨٧).

(٨) ما بين القوسين ليس في (م).

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(١): يَنْفِيهِ وَهِيَ حَامِلٌ.

وَشَرْطُ مَالِكٍ(٢): أَنَّهُ مَتَى لَمْ يَنْفِهِ وَهُوَ حَمْلٌ لَمْ يَجبْ(٣) لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ بِلِعَانٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): إِذَا عَلِمَ الزَّوْجُ بِالْحَمْلِ، فَأَمْكَنَهُ الْحَاكِمُ مِنَ اللِّعَانِ، فَلَمْ يُلَاعِنْ (لَمْ(٥) يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ (بَعْدَ اللعان)(٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧): لَا يَنْفِي الْوَلَدَ(٨) حَتَّى تَضَعَ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ - الْآثَارُ الْمُتَوَاتِرَةُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ(٩)، وَابْنِ مَسْعُودٍ(١٠)، وَأَنَسٍ(١١)، وَسَهْلِ بْنِ سَعْدٍ(١٢): «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

---

(١) وهو قول ابن أبي ليلى، وعبيد الله بن الحسن، وأبي ثور، وأبي عبيد. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٦). وسيأتي تفصيل المذاهب فيها.

(٢) قال ابن شاس: «حق نفي الولد على الفور، ويسقط بالوطء بعد العلم به. ولو لم يعلم به إلا عند الوضع فنفاه، جاز. ولو ترك النفي بعد العلم بالوضع سقط حقه، ولم ينتف عنه». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٣٦). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٦).

(٣) في المطبوع: «يجز».

(٤) قال الماوردي: «أما القسم الثاني: وهو أن تلتعن لنفي الحمل قبل وضعه، ففي قولان: **أحدهما**: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع، واختاره أكثر أصحابنا: أنه لا يلتعن منه قبل وضعه... **والقول الثاني**: نص عليه في المبتوتة الحامل ويجوز أن يلتعن لنفي الحمل؛ لأن له حكمًا معتبرًا وظاهرًا مغلبًا». «الحاوي الكبير» (١١/ ١٣٨). وينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٦٠)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٧).

(٥) من هنا يبدأ خرم في (ب).

(٦) في (أ): «بلا لعان».

(٧) قال السرخسي: «وإذا نفى الرجل حبل امرأته فقال: هو من زنا فلا لعان بينهما ولا حدَّ قبل الوضع في قول علمائنا». «المبسوط» (٧/ ٤٤). وينظر: «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٠). وعند الحنابلة قولان، **أحدهما**: له اللعان قبل الوضع. **والآخر**: لا يصح الحمل إلا بعد الوضع، وهو المعتمد في المذهب. ينظر: «المغني» (٨/ ٧٥)، «المبدع» (٨/ ٩٤)، «الإنصاف» (٩٢٥٥).

(٨) في (م): «الحمل».

(٩) البخاري: (٤٧٤٧).

(١٠) مسلم: (١٤٩٥).

(١١) مسلم: (١٤٩٦).

(١٢) مسلم: (٥٣٠٩).

وَالسَّلَامُ - [م/ ١٨٢و] حِينَ حَكَمَ بِاللِّعَانِ بَيْنَ الْمُتلاعِنَيْنِ، قَالَ: **«إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا، فَمَا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ صَدَّقَ عَلَيْهَا»**.

قَالُوا: وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا فِي وَقْتِ اللِّعَانِ.

وَحُجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْحَمْلَ قَدْ يَنْفُشُ وَيَضْمَحِلُّ، فَلَا وَجْهَ لِلِّعَانِ إِلَّا عَلَى يَقِينٍ.

وَمِنْ حُجَّةِ الْجُمْهُورِ(١): أَنَّ الشَّرْعَ قَدْ عَلَّقَ بِظُهُورِ الْحَمَلِ أَحْكَامًا كَثِيرَةً: كَالنَّفَقَةِ وَالْعِدَّةِ وَمَنْعِ الْوَطْءِ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ قِيَاسُ اللِّعَانِ كَذَلِكَ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُلَاعِنُ)(٢)، وَإِنْ لَمْ يَنْفِ الْحَمْلَ إِلَّا وَقْتَ الوِلَادَةِ.

وَكَذَلِكَ مَا قَرُبَ مِنَ الْوِلَادَةِ، [أ/ ٣٣٤ظ] وَلَمْ يُوَقِّتْ فِي ذَلِكَ وَقْتًا، وَوَقَّتَ صَاحِبَاهُ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ، فَقَالَا: لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ مَا بَيْنَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً مِنْ وَقْتِ الْوِلَادَةِ(٣).

١٨٥١ وَالَّذِينَ أَوْجَبُوا اللِّعَانَ فِي وَقْتِ الْحَمْلِ:

اتَّفَقُوا(٤) عَلَى أَنَّ لَهُ نَفْيَهُ فِي وَقْتِ الْعِصْمَةِ.

١٨٥٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي نَفْيِهِ بَعْدَ الطَّلَاقِ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ(٥) إِلَى أَنَّهُ لَهُ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الْمُدَّةِ الَّتِي يَلْحَقُ الْوَلَدُ فِيهَا بِالْفِرَاشِ.

---

(١) في (م): «الجميع».

(٢) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

(٣) قال في «الهداية» (٢/ ٢٥): «قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر». وكذا نقل عنهما الزيلعي في «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٠).

وينظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٥).

(٤) تقدم ذلك في اتفاقهم على نفي الولد في حال وجود العصمة.

(٥) «المدونة» (٢/ ٢٠).

وَذَلِكَ هُوَ أَقْصَى زَمَانُ الْحَمْلِ عِنْدَهُ، وَذَلِكَ نَحْوٌ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ عِنْدَهُ، أَوْ خَمْسِ سِنِينَ.

وَكَذَلِكَ عِنْدَهُ حُكْمُ نَفْيِ الْوَلَدِ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِذَا لَمْ يَزَلْ مُنْكِرًا لَهُ، وَبِقَرِيبٍ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى قَالَ الشَّافِعِيُّ[١].

وَقَالَ قَوْمٌ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْفِيَ الْحَمْلَ إِلَّا فِي الْعِدَّةِ فَقَطْ.

١٨٥٣ وَإِنْ نَفَاهُ فِي غَيْرِ الْعِدَّةِ حُدَّ وَأُلْحِقَ بِهِ الْوَلَد:

فَالْحُكْمُ يَجِبُ بِهِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ إِلَى انْقِضَاءِ أَطْوَلِ مُدَّةِ الْحَمْلِ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي ذَلِكَ:

فَإِنَّ الظَّاهِرِيَّةَ تَرَى أَنَّ أَقْصَرَ مُدَّةِ الْحَمْلِ الَّتِي يَجِبُ بِهَا الْحُكْمُ هُوَ الْمُعْتَادُ مِنْ ذَلِكَ، وَهِيَ التِّسْعَةُ[٢] الأَشْهُر وَمَا قَارَبَهَا.

١٨٥٤ وَلَا **اخْتِلَافَ** بَيْنَهُمْ أَنَّهُ يَجِبُ الْحُكْمُ بِهِ **فِي مُدَّةِ الْعِصْمَةِ**، فَمَا زَادَ عَلَى أَقْصَرِ مُدَّةِ الْحَمْلِ وَهِيَ السِّتَّةُ الأَشْهُرِ - أَعْنِي: أَنْ يُولَدَ الْمَوْلُودُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ أَوْ إِمْكَانِهِ، لَا مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ.

وَشَذَّ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]، فَقَالَ: مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الدُّخُولَ غَيْرُ مُمْكِنٍ حَتَّى أَنَّهُ إِنْ تَزَوَّجَ عِنْدَهُ رَجُلٌ بِالْمَغْرِبِ الْأَقْصَى امْرَأَةً بِالْمَشْرِقِ الْأَقْصَى، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِرَأْسِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ أَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِلِعَانٍ!

١٨٥٥ وَهُوَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ **ظَاهِرِيٌّ مَحْضٌ**، لِأَنَّهُ إِنَّمَا اعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ عُمُومَ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، (وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ)**»[٤].

وَهَذِهِ الْمَرْأَةُ قَدْ صَارَتْ فِرَاشًا لَهُ بِالْعَقْدِ، فَكَأَنَّهُ رَأَى أَنَّ هَذِهِ عِبَادَةٌ غَيْرُ مُعَلَّلَةٍ.

---

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٣١٧).
(٢) في (ب): «الستة».
(٣) «المبسوط» (١٧/ ١٥٤).
(٤) ليس في (م). والحديث أخرجه البخاري (٢٠٥٣)، ومسلم (١٤٥٨).

وذلك شَيْءٌ ضَعِيفٌ.

١٨٥٦ **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ مَالِكٍ مِنْ هَذَا الْبَابِ [ب/ ٢٩٠ظ] فِي فَرْعٍ، وَهُوَ: أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهَا زَنَتْ، وَاعْتَرَفَ[(١)] بِالْحَمْلِ:

فَعَنْهُ فِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ:

إِحْدَاهَا: أَنَّهُ يُحَدُّ، وَيَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَلَا يُلَاعِنُ.

وَالثَّانِيَةُ: أَن[(٢)] يُلَاعِن، وَيَنْتَفِي[(٣)] الْوَلَدَ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَيُلَاعِنُ؛ لِيَدْرَأَ الْحَدَّ عَنْ نَفْسِهِ[(٤)].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ يَلْتَفِتُ إِلَى إِثْبَاتِهِ مَعَ مُوجِبِ نَفْيِهِ، وَهُوَ دَعْوَاهُ [أ/ ٣٣٥و] الزِّنَا؟

١٨٥٧ **وَاخْتَلَفُوا** - أَيْضًا - مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ، وَهُوَ: إِذَا أَقَامَ الشُّهُودَ عَلَى الزِّنَا، هَلْ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ أَمْ لَا؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]، وَدَاوُدُ[(٦)]: لَا يُلَاعِنُ، لِأَنَّ اللِّعَانَ إِنَّمَا جُعِلَ عِوَضَ الشُّهُودِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]» الْآيَةَ.

---

(١) في (ب): «واعتبر». (٢) في (ب): «أن لا».

(٣) في (م): «وينفي».

(٤) قال ابن عبد البر: «وإذا ظهر بها حمل فأقر به، ثم ادعى أنه رآها تزني؛ فقد اختلف قول مالك في ذلك على ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنه يلحق به الولد، بعد أن يحد ولا لعان. **والآخر**: أنه يلاعن وينفى عنه الولد الذي أقر به. **والثالث**: أن يلحق به الولد لإقراره به، ويسقط عنه الحد، وهو أصحها». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٥).

(٥) قال الكاساني: «حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان، ويقام عليها حد الزنا؛ لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود». «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٠)، وينظر: «تبيين الحقائق» (٣/ ١٥).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩١).

وَقَالَ مَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]: يُلَاعِنُ، لِأَنَّ الشُّهُودَ لَا تَأْثِيرَ لَهُمْ فِي دَفْعِ الْفِرَاشِ.

الْفَصْلُ الثَّانِي

١٨٥٨ وَأَمَّا صِفَةُ الْمُتَلَاعِنَيْنِ:

فَإِنَّ قَوْمًا قَالُوا: يَجُوزُ اللِّعَانُ بَيْنَ كُلِّ زَوْجَيْنِ حُرَّيْنِ كَانَا، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا حُرٌّ وَالْآخَرُ عَبْدٌ، مَحْدُودَيْنِ كَانَا، أَوْ عَدْلَيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا، مُسْلِمَيْنِ كَانَا، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ مُسْلِمًا، وَالزَّوْجَةُ كِتَابِيَّةً، وَلَا لِعَانَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ إِلَّا أَنْ يَتَرَافَعَا إِلَيْنَا، وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ مَالِكٌ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ[٥]: لَا لِعَانَ إِلَّا بَيْنَ مُسْلِمَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ.

وَبِالْجُمْلَةِ فَاللِّعَانُ عِنْدَهُمْ إِنَّمَا يَجُوزُ لِمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ.

وَحُجَّةُ أَصْحَابِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي ذَلِكَ شَرْطًا.

وَمُعْتَمَدُ الْحَنَفِيَّةِ: أَنَّ اللِّعَانَ شَهَادَةٌ، فَيُشْتَرَطُ فِيهَا مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ، إِذْ قَدْ سَمَّاهُمُ اللهُ شُهَدَاءَ لِقَوْلِهِ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] [م/ ١٨٢ظ]، وَيَقُولُونَ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ لِعَانٌ إِلَّا بَيْنَ مَنْ يَجِبُ (عَلَيْهِ[٦] الْحَدُّ فِي الْقَذْفِ الْوَاقِعِ بَيْنَهُمَا.

---

(١) ينظر: «الذخيرة»، للقرافي (٤/ ٢٩٣)، «الشرح الكبير»، للدردير (٢/ ٤٥٨).

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٧)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٩).

(٣) قال ابن عبد البر: «ولا لعان بين الحر المسلم والزوجة الأمة أو الذمية بنفس الزنى ومجرد القذف لأنه ليس على من قذف أمة أو ذمية حد إلا أنه يؤدب ويزجر». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٠٩). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٢).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٣٥)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨١).

(٥) قال الزيلعي: «وشرطه: أن يكونا زوجين حرَّين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف». «تبيين الحقائق» (٣/ ١٤). وينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤١).

(٦) من هنا يبدأ خرم في (أ).

١٨٥٩ وَقَدِ اتَّفَقُوا(١) عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُحَدُّ - بِقَذْفِهِ، وَكَذَلِكَ الْكَافِرُ، فَشَبَّهُوا مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ اللِّعَانُ بِمَنْ يَجِبُ فِي قَذْفِهِ الْحَدُّ، إِذْ كَانَ اللِّعَانُ إِنَّمَا وُضِعَ لِدَرْءِ الْحَدِّ مَعَ نَفْيِ النَّسَبِ.

وَرُبَّمَا احْتَجُّوا بِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**لَا لِعَانَ** [ب/ ٢٩١و] **بَيْنَ**(٢) **أَرْبَعَةٍ: الْعَبْدَيْنِ، وَالْكَافِرَيْنِ**»(٣).

وَالْجُمْهُورُ يَرَوْنَ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِنْ كَانَ يُسَمَّى شَهَادَةً، فَإِنَّ أَحَدًا لَا يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَدْ يُعَبَّرُ عَنْهَا بِالْيَمِينِ: فَذَلِكَ بَيِّنٌ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا﴾ [المنافقون: ١] الْآيَةَ، ثُمَّ قَالَ تَعَالَى: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢].

١٨٦٠ **وَأَجْمَعُوا**(٤) عَلَى جَوَازِ لِعَانِ الْأَعْمَى.

---

(١) نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٧٤)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٥٠).

(٢) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٢٥٠٨) عن عبد الله بن عمرو قال: أربع لا لعان بينهن وبين أزواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم، والحرة عند العبد، والأمة عند الحر، والأمة عند العبد، والنصرانية عند النصراني.
وذكر ابن عبد البر حديث عمرو بن شعيب في «التمهيد» (٦/ ١٩٢). وقال: «وهذا حديث ليس دون عمرو بن شعيب من يحتج به».

(٤) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٩٠)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٦٨).
ونقل ابن المنذر اتفاق أهل العلم على ذلك، عدا رواية عن الشعبي من حديث خصيف عنه أنه قال: في الرجل يتزوج المرأة وهي بأرض أخرى فيقذفها ولم يرها، قال: يجلد، ولا لعان بينهما. وذكر أن الأعمى بتلك المنزلة، وكل من لا تجوز شهادته. ثم قال: «ورأيت من يدفع هذه الرواية وينسب خصيفًا إلى سوء الحفظ». «الأوسط» (٩/ ٤٨١).

١٨٦١ **وَاخْتَلَفُوا فِي الْأَخْرَسِ:**

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢): يُلَاعِنُ الْأَخْرَسُ إِذَا فُهِمَ عَنْهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَا يُلَاعِنُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ.

١٨٦٢ **وَأَجْمَعُوا**(٤) عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الْعَقْلَ، وَالْبُلُوغَ.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

فَأَمَّا صِفَةُ اللِّعَانِ:

فَمُتَقَارِبَةٌ عِنْدَ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ كَبِيرُ خِلَافٍ.

وَذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِ مَا تَقْتَضِيهِ أَلْفَاظُ الْآيَةِ، فَيَحْلِفُ الزَّوْجُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ لَقَدْ رَأَيْتُهَا تَزْنِي، وَأَنَّ ذَلِكَ الْحَمْلَ لَيْسَ مِنِّي، وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ: لَعْنَةُ اللهِ عَلَيه إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، ثُمَّ تَشْهَدُ هِيَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله بِنَقِيضِ مَا شَهِدَ هُوَ بِهِ، ثُمَّ تُخَمِّسُ بِالْغَضَبِ، [أ/٣٣٥ظ]، هَذَا كُلُّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ(٥).

١٨٦٣ وَاخْتَلَفَ النَّاسُ: هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُبَدِّلَ مَكَانَ اللَّعْنَةِ: الْغَضَبَ، وَمَكَانَ الْغَضَبِ: اللَّعْنَةَ، وَمَكَانَ قوله(٦): أَشْهَدُ: أُقْسِمُ، وَمَكَانَ قَوْلِهِ بِاللهِ غَيْرَهُ مِنْ أَسْمَائِهِ؟

وَالْجُمْهُورُ(٧) عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا نَصَّ عَلَيْهِ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ

---

(١) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٧)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٥٢).

(٢) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ٣٩٧)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٤).

(٣) قال القدوري: «وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان». «مختصر القدوري» (ص١٦٨)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٠).

(٤) نقل الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٨٠).

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ١٣٦)، «الحاوي الكبير» (١١/ ٥٧)، «المبدع» (٧/ ٤٢).

(٦) من (م).

(٧) ينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧١)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٥٢)، «روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٢)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٣٧).

أَصْلُهُ عَدَدُ الشَّهَادَاتِ(١).

١٨٦٤ **وَأَجْمَعُوا**(٢) عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهِ أَنْ يَكُونَ بِحُكْمِ حَاكِمٍ.

الْفَصْلُ الرَّابِعُ

١٨٦٥ فَأَمَّا إِذَا نَكَلَ الزَّوْجُ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(٣): إِنَّهُ يُحَدُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): (لَا يُحَدُّ)(٥)، وَيُحْبَسُ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: عُمُومُ(٦) قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الْآيَةَ، وَهَذَا عَامٌّ فِي الْأَجْنَبِيِّ، وَالزَّوْجِ، وَقَدْ جَعَلَ الِالْتِعَانَ لِلزَّوْجِ مَقَامَ الشُّهُودِ، فَوَجَبَ إِذَا نَكَلَ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ قَذَفَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شُهُودٌ - أَعْنِي: أَنَّهُ يُحَدُّ.

وَمَا جَاءَ أَيْضًا، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ(٧)، وَغَيْرِهِ فِي قِصَّةِ الْعَجْلَانِيِّ مِنْ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**إِنْ قَتَلْتُ قُتِلْتُ**(٨)**، وَإِنْ نَطَقْتُ جُلِدْتُ، وَإِنْ سَكَتُّ سَكَتُّ عَلَى غَيْظٍ**»(٩).

وَاحْتَجَّ الْفَرِيقُ الثَّانِي بِأَنَّ آيَةَ اللِّعَانِ لَمْ تَتَضَمَّنْ إِيجَابَ الْحَدِّ عَلَيْهِ عِنْدَ النُّكُولِ، وَالتَّعْرِيضِ لِإِيجَابِهِ زِيَادَةً فِي النَّصِّ، وَالزِّيَادَةُ عِنْدَهُمْ نَسْخٌ، وَالنَّسْخُ لَا

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ١٣٦)، «الحاوي الكبير» (١١/ ٥٧)، «المبدع» (٧/ ٤٢).

(٢) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٨٧)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٨١).

(٣) قال المواق: «وإن نكل الزوج حُدَّ حَدَّ القذف». «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٨)، «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ١٩١)، «الحاوي الكبير» (١١/ ٨٤).

(٤) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٧/ ٤٠)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٨).

(٥) ليست في (أ). (٦) من (م).

(٧) سبق تخريجه. (٨) ليست في (م).

(٩) أخرجه مسلم (١٤٩٣).

يَجُوزُ بِالْقِيَاسِ وَلَا بِأَخْبَارِ الْآحَادِ[١].

[ب/ ٢٩١ظ] قَالُوا: وَأَيْضًا لَوْ وَجَبَ الْحَدُّ لَمْ يَنْفَعْهُ الِالْتِعَانُ، وَلَا كَانَ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِهِ، لِأَنَّ الِالْتِعَانَ يَمِينٌ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِهِ الْحَدُّ عَنِ الْأَجْنَبِيِّ، فَكَذَلِكَ الزَّوْجُ.

١٨٦٦ **وَالْحَقُّ** أَنَّ الِالْتِعَانَ يَمِينٌ مَخْصُوصَةٌ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهَا حُكْمٌ مَخْصُوصٌ، وَقَدْ نُصَّ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنَّ الْيَمِينَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ، فَالْكَلَامُ فِيمَا هُوَ الْعَذَابُ الَّذِي يَنْدَرِئُ عَنْهَا بِالْيَمِينِ.

١٨٦٧ وَلِلِاشْتِرَاكِ الَّذِي فِي اسْمِ الْعَذَابِ:

اخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي الْوَاجِبِ عَلَيْهَا إِذَا نَكَلَتْ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]، وَمَالِكٌ[٣]، وَأَحْمَدُ[٤]، وَالْجُمْهُورُ: إِنَّهَا تُحَدُّ، وَحَدُّهَا الرَّجْمُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَوُجِدَتْ فِيهَا شُرُوطُ الْإِحْصَانِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَالْجَلْدُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: إِذَا نَكَلَتْ وَجَبَ عَلَيْهَا الْحَبْسُ حَتَّى تُلَاعِنَ.

وَحُجَّتُهُ قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: زِنًا بَعْدَ إِحْصَانٍ، أَوْ كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ، أَوْ قَتْلِ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ»**[٦].

---

(١) ينظر: «أصول السرخسي» (٢/ ٨٢ ـ ٨٣).

(٢) قال زكريا الأنصاري: «وإن لاعن ونكلت عن اللعان حُدَّت حَدَّ الزنا، إلا إن كانت صغيرة أو مجنونة فلا تحد». «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٩). وينظر: «روضة الطالبين» (٦/ ٣٣٧).

(٣) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ١٣٨)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٢٤).

(٤) المعتمد عند الحنابلة أنها لا تحد، قال المرداوي: «إذا لاعن الزوج، ونكلت المرأة: فلا حد عليها، على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم، حتى قال الزركشي: أما انتفاء الحد عنها: فلا نعلم فيه خلافًا في مذهبنا». «الإنصاف» (٩/ ١٤٩)، وينظر: «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٨٣).

(٥) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٧/ ٤٠)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٨).

(٦) أخرجه البخاري (٦٨٧٨)، ومسلم (١٦٧٦).

وَأَيْضًا ـ فَإِنَّ سَفْكَ الدماء بِالنُّكُولِ حُكْمٌ تَرُدُّهُ الْأُصُولُ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ لَا يُوجِبُونَ غُرْمَ الْمَالِ بِالنُّكُولِ، فَهُوَ أَحْرَى أَنْ لَا يَجِبَ [أ/٣٣٦و] بِذَلِكَ سَفْكُ الدِّمَاءِ.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَقَاعِدَةُ الدِّمَاءِ ـ مَبْنَاهَا فِي الشَّرْعِ عَلَى أَنَّهَا لَا تُرَاقُ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةِ، أَوِ الِاعْتِرَافِ.

وَمِنَ الْوَاجِبِ أَلَّا تُخَصَّصَ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ بِالِاسْمِ الْمُشْتَرَكِ.

١٨٦٨ فَأَبُو حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ [م/١٨٣و] **أَوْلَى بِالصَّوَابِ، إِنْ شَاءَ اللهُ.**

وَقَدِ اعْتَرَفَ أَبُو الْمَعَالِي فِي كِتَابِهِ «الْبُرْهَانِ»[١] بِقُوَّةِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَهُوَ شَافِعِيٌّ.

١٨٦٩ **وَاتَّفَقُوا**[٢] عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ حُدَّ وَأُلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ إِنْ كَانَ نَفَى وَلَدًا.

١٨٧٠ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلْ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا بَعْدَ اتِّفَاقِ جُمْهُورِهِمْ عَلَى أَنَّ الْفُرْقَةَ تَجِبُ بِاللِّعَانِ، إِمَّا بِنَفْسِهِ وَإِمَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ـ عَلَى مَا نَقُولُهُ[٣] بَعْدُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، ....

---

(١) «البرهان» (٢/٢١٦)، ونصُّه: «لا نجد بدًّا من الخروج عن قانون الحجج، فالاستمساك بظاهر القرآن العظيم أقرب، وحمل العذاب على الجنس بعيد.
وبالجملة: نفي إيجاب الحد وتغليب حقن دمها أقرب عندي إلى مأخذ الشريعة».

(٢) نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٨/٦٧)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/٦٩).

(٣) في (ب): «نقلوه».

(٤) قال ابن عبد البر: «فإن أكْذَبَ نفسه بعد تمام اللعان بينهما: جُلد الحد، ولحق به الولد، ولا سبيل له إليها، ولا ميراث بينهما، سواء مات أحدهما في العدة أو بعد انقضائها.
وإن أكذب نفسه قبل أن يتم التعان المرأة: جلد الحد، ولحق به الولد، وبقيت زوجته بحالها». ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٦١٤). وينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/١٠٠).

(٥) ينظر: «تحفة المحتاج» (٨/٢٢١)، «حاشية الجمل» (٤/٤٣٧).

وَالثَّوْرِيُّ[١]، وَدَاوُدُ[٢]، وَأَحْمَدُ[٣]، وَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: إِنَّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا، وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَجَمَاعَةٌ[٥]: إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ جُلِدَ[٦] الْحَدَّ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ.

وَقَدْ قَالَ قَوْمٌ: تُرَدُّ إِلَيْهِ امْرَأَتُهُ.

وَحُجَّةُ **الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ**: قَوْلُ رَسُولِ اللهِ ﷺ [ب/ ٢٩٢و]: «**لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**»[٧]. وَلَمْ يَسْتَثْنِ فَأَطْلَقَ التَّحْرِيمَ.

وَحُجَّةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**: أَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ فَقَدْ بَطَلَ حُكْمُ اللِّعَانِ، فَكَمَا يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ كَذَلِكَ تُرَدُّ الْمَرْأَةُ عَلَيْهِ.

وَذَلِكَ: أَنَّ السَّبَبَ الْمُوجِبَ لِلتَّحْرِيمِ إِنَّمَا هُوَ الْجَهْلُ بِتَعْيِينِ صِدْقِ أَحَدِهِمَا مَعَ الْقَطْعِ بِأَنَّ أَحَدَهُمَا كَاذِبٌ، فَإِذَا انْكَشَفَ ارْتَفَعَ التَّحْرِيمُ.

الْفَصْلُ الْخَامِسُ

فَأَمَّا مُوجِبَاتُ اللِّعَانِ:

١٨٧١ **فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:**

مِنْهَا: هَلْ تَجِبُ الْفُرْقَةُ أَوْ لَا؟

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) وهو قول النخعي، والحسن، وعطاء بن أبي رباح، والزهري، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيد. ينظر: «الأوسط» (٩/ ٤٩٠).

(٣) وهو المعتمد من مذهبه، وعنه رواية مثل قول أبي حنيفة. ينظر: «المبدع» (٨/ ٩٣)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٥٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) كسعيد بن المسيب، والحسن، وسعيد بن جبير. ينظر: «الاستذكار» (٦/ ١٠٢).

(٦) مكانها بياض في (م).

(٧) سبق تخريجه، وفي مكانها بياض في (م).

وَإِنْ وَجَبَتْ فَمَتَى تَجِبُ؟

وَهَلْ تَجِبُ بِنَفْسِ اللِّعَانِ أَمْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ؟

وَإِذَا وَقَعَتْ فَهَلْ هِيَ طَلَاقٌ أَوْ فَسْخٌ؟

١٨٧٢ فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّ الْفُرْقَةَ تَقَعُ بِاللِّعَانِ، لِمَا اشْتَهَرَ مِنْ ذَلِكَ فِي أَحَادِيثِ اللِّعَانِ: «مِنْ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا».

وَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ ـ فِيمَا رَوَاهُ مَالِكٌ[(١)] عَنْهُ: فَكَانَتْ تِلْكَ سُنَّةَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ، وَلِقَوْلِهِ ﷺ: **«لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا»**.

وَقَالَ عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ: لَا يَعْقُبُ اللِّعَانَ فُرْقَةٌ[(٢)].

وَاحْتَجُّوا: بِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمٌ لَمْ تَتَضَمَّنْهُ آيَةُ اللِّعَانِ، وَلَا هُوَ صَرِيحٌ فِي الْأَحَادِيثِ، لِأَنَّ فِي الْحَدِيثِ [أ/٣٣٦ظ] الْمَشْهُورِ: أَنَّهُ طَلَّقَهَا بِحَضْرَةِ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَلَيْهِ[(٣)].

وَأَيْضًا ـ فَإِنَّ اللِّعَانَ إِنَّمَا شُرِعَ لِدَرْءِ حَدِّ الْقَذْفِ، فَلَمْ يُوجِبْ تَحْرِيمًا تَشْبِيهًا بِالْبَيِّنَةِ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّهُ قَدْ وَقَعَ بَيْنَهُمَا مِنَ التَّقَاطُعِ، وَالتَّبَاغُضِ، وَالتَّهَاتُرِ، وَإِبْطَالِ حُدُودِ اللهِ مَا أَوْجَبَ أَنْ لَا يَجْتَمِعَا بَعْدَهَا أَبَدًا.

وَذَلِكَ: أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ مَبْنَاهَا عَلَى الْمَوَدَّةِ وَالرَّحْمَةِ، وَهَؤُلَاءِ قَدْ عَدِمُوا ذَلِكَ كُلَّ الْعَدَمِ، وَلَا أَقَلَّ مِنْ أَنْ تَكُونَ عُقُوبَتُهُمَا التفريق.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَالْقُبْحُ الَّذِي بَيْنَهُمَا غَايَةُ الْقُبْحِ.

---

(١) «الموطأ» (٢/٥٦٦)، ومن طريق مالك: البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/٩٧).

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢)، من حديث سهل بن سعد في قصة التلاعن: «قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ».

١٨٧٣ وَأَمَّا مَتَى تَقَعُ الْفُرْقَةُ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَاللَّيْثُ(٢)، وَجَمَاعَةٌ: إِنَّهَا تَقَعُ إِذَا فَرَغَا جَمِيعًا مِنَ اللِّعَانِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): إِذَا أَكْمَلَ الزَّوْجُ لِعَانَهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): لَا تَقَعُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ، وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ(٥)، وَأَحْمَدُ(٦).

وَحُجَّةُ مَالِكٍ عَلَى الشَّافِعِيِّ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: «فَرَّقَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ [ب/ ٢٩٢ظ]، وَقَالَ: **حِسَابُكُمَا عَلَى اللهِ، أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**»(٧).

وَمَا رُوِيَ: أَنَّهُ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ اللِّعَانِ.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ لِعَانَهَا إنما تَدْرَأُ بِهِ الْحَدَّ عَنْ نَفْسِهَا فَقَطْ، وَلِعَانُ الرَّجُلِ هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي نَفْيِ النَّسَبِ(٨)، فَوَجَبَ إِنْ كَانَ لِلِّعَانِ تَأْثِيرٌ فِي الْفُرْقَةِ أَنْ يَكُونَ لِعَانُ الرَّجُلِ تَشْبِيهًا بِالطَّلَاقِ.

---

(١) قال النفراوي: «الفرقة لا تحصل كالحرمة إلا بتمام لعان الزوجة، وهو المشهور المعروف من قول مالك وأصحابه، ومقابله لسَحنون: أن الفرقة تحصل بمجرد لعان الزوج». «الفواكه الدواني» (٢/ ٥١). وينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٣).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٥١)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٨٣).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٧).

(٣) ينظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٦)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٢١).

(٤) قال السمرقندي: «وإذا تم اللعان بينهما لا تقع الفرقة ما لم يفرق القاضي بينهما». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢١). وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦٩).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٩٧).

(٦) ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٥١)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٨٣).

(٧) «الموطأ» (٢/ ٥٦٦)، ومن طريق مالك: البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢).

(٨) في (ب): «السبب».

وَحُجَّتُهُمَا جَمِيعًا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخْبَرَهُمَا بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ عِنْدَ وُقُوعِ اللِّعَانِ مِنْهُمَا؛ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ اللِّعَانَ هُوَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَيَرَى أَنَّ الْفِرَاقَ إِنَّمَا نَفَذَ بَيْنَهُمَا بِحُكْمِهِ وَأَمْرِهِ ﷺ بِذَلِكَ حِينَ قَالَ: «**لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**»، فَرَأَى حُكْمَهُ شَرْطًا فِي وُقُوعِ [م/١٨٣ظ] الْفُرْقَةِ، كَمَا أَنَّ حُكْمَهُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ اللِّعَانِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ بَيْنَ مَنْ رَأَى أَنَّهُ تَقَعُ بِهِ فُرْقَةٌ، وَمَنْ لَمْ يَرَ ذَلِكَ: أَنَّ تَفْرِيقَ النَّبِيِّ ﷺ بَيْنَهُمَا لَيْسَ هُوَ بَيِّنًا (فِي الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ بَادَرَ فَطَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يُخْبِرَهُ بِوُجُوبِ الْفُرْقَةِ، وَالْأَصْلُ: أَنْ لَا فُرْقَةَ إِلَّا بِطَلَاقٍ، وَأَنَّهُ لَيْسَ فِي الشَّرْعِ تَحْرِيمٌ)[1] يَتَأَبَّدُ - أَعْنِي: مُتَّفَقًا عَلَيْهِ.

فَمَنْ غَلَّبَ هَذَا الْأَصْلَ عَلَى الْمَفْهُومِ لِاحْتِمَالِهِ نَفيِ وُجُوبَ الْفُرْقَةِ قَالَ بِإِيجَابِهَا.

وَأَمَّا سَبَبُ اخْتِلَافِ مَنِ اشْتَرَطَ حُكْمَ الْحَاكِمِ، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ: فَتَرَدُّدُ هَذَا الْحُكْمِ بَيْنَ أَنْ يُغَلَّبَ عَلَيْهِ [أ/٣٣٧و] شَبَهٌ مِنَ[2] الْأَحْكَامِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِي صِحَّتِهَا حُكْمُ الْحَاكِمِ، أَوِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا.

١٨٧٤ وَأَمَّا **الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ** - وَهِيَ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْفُرْقَةَ تَقَعُ، فَهَلْ ذَلِكَ فَسْخٌ أَوْ طَلَاقٌ؟

فَإِنَّ الْقَائِلِينَ بِالْفُرْقَةِ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[3]، وَالشَّافِعِيُّ[4]: هُوَ فَسْخٌ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب). (٢) ليست في (م).

(٣) ينظر: «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ١٤٢)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٤/ ١٣٥).

(٤) قال ابن حجر الهيتمي: «(ويتعلق بلعانه) - أي الزوج - وإن كذب أي: بفراغه منه ولا نظر للعانها (فرقة) أي فرقة انفساخ (وحرمة) ظاهرًا وباطنًا». «تحفة المحتاج» (٨/ ٢٢١). وينظر: «مغني المحتاج» (٣/ ٣٨٠).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: (هُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ: تَأْبِيدُ التَّحْرِيمِ بِهِ فَأَشْبَهَ ذَاتَ التحريم.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ)[٢] فَشَبَّهَهَا بِالطَّلَاقِ قِيَاسًا عَلَى فُرْقَةِ الْعِنِّينِ؛ إِذْ كَانَتْ عِنْدَهُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ.

(تَمَّ كِتَابُ اللِّعَانِ، بِحَمْدِ اللهِ)[٣].

۞ ۞ ۞

---

(١) قال القدوري: «فإذا التعنا فرَّق القاضي بينهما، وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تحريم مؤبد». «مختصر القدوري» (ص١٦٧)، وينظر: «البحر الرائق» (٤/ ١٢٢).
ويحصل التحريم المؤبد باللعان عند الحنابلة. ينظر: «الإقناع»، للحجاوي (٤/ ١٠٣)، «الإنصاف»، للمرداوي (٩/ ٢٥٢).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[١]

كِتَابُ الْإِحْدَادِ

١٨٧٥ **أَجْمَعَ**[٢] **الْمُسْلِمُونَ** عَلَى أَنَّ الْإِحْدَادَ وَاجِبٌ عَلَى النِّسَاءِ الْحَرَائِرِ الْمُسْلِمَاتِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ إِلَّا الْحَسَنَ وَحْدَهُ.

١٨٧٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الزَّوْجَاتِ، وَفِيمَا سِوَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَفِيمَا تَمْتَنِعُ الْحَادَّةُ مِنْهُ مِمَّا لَا تَمْتَنِعُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: الْإِحْدَادُ عَلَى الْمُسْلِمَةِ، وَالْكِتَابِيَّةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَالْكَبِيرَةِ، وَالْأَمَةِ [ب/٢٩٣و] الْمُزَوَّجَةِ.

١٨٧٧ وَأَمَّا الْأَمَةُ يَمُوتُ عَنْهَا سَيِّدُهَا سَوَاءٌ أَكَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ لَمْ تَكُنْ: فَلَا إِحْدَادَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ، وَبِهِ قَالَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ.

وَخَالَفَ قَوْلَ مَالِكٍ الْمَشْهُورَ فِي الْكِتَابِيَّةِ - ابْنُ نَافِعٍ، وَأَشْهَبُ[٤].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) نقل الإجماع: السمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥١)، وابن العربي في «عارضة الأحوذي» (٥/ ١٣٨)، وابن قدامة في «المغني» (١١/ ٢٨٤).
وأنكر ابن المنذر وقوع الإجماع لخلاف الحسن البصري، فقال في «الأوسط» (٩/ ٥٦٣): «وليس فيه إجماع، لأن الحسن البصري كان لا يرى الإحداد».
ونقل ابن عبد البر الإجماع، وحكى قول الحسن، ولم يعتد به. «الاستذكار» (٦/ ٢٣١).

(٣) قال ابن شاس: «ويجب على الحرائر والإماء، وعلى الكتابية تحت المسلم». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٧٩). وينظر: «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٤٧).

(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٣١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٥٧٩).

وَرَوَيَاهُ عَنْ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١) - أَعْنِي: أَنَّهُ لَا إِحْدَادَ عَلَى الْكِتَابِيَّةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): لَيْسَ عَلَى الصَّغِيرَةِ، وَلَا الْكِتَابِيَّةِ إِحْدَادٌ.

وَقَالَ قَوْمٌ: لَيْسَ عَلَى الْأَمَةِ الزوجة إِحْدَادٌ، وَقَدْ حُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(٣).

فَهَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمُ الْمَشْهُورُ فِيمَنْ عَلَيْهِ إِحْدَادٌ مِنْ أَصْنَافِ الزَّوْجَاتِ مِمَّنْ لَيْسَ عَلَيْهِ إِحْدَادٌ.

١٨٧٨ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ مِنْ قِبَلِ الْعَدَدِ:

فَإِنَّ مَالِكًا(٤) قَالَ: لَا إِحْدَادَ إِلَّا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالثَّوْرِيُّ: الْإِحْدَادُ فِي الْعِدَّةِ مِنَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَاجِبٌ؛ وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ(٥) فَاسْتَحْسَنَهُ لِلْمُطَلَّقَةِ، وَلَمْ يُوجِبْهُ.

وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّالِثُ:

وَهُوَ مَا تَمْتَنِعُ الْحَادّ مِنْهُ:

١٨٧٩ **فَإِنَّهَا تَمْتَنِعُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ بِالْجُمْلَةِ**(٦) مِنَ الزِّينَةِ الدَّاعِيَةِ الرِّجَالِ إِلَى

---

(١) المنصوص عند الشافعية وجوب الإحداد على الذمية. ينظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٨٤)، «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠١).

(٢) «بدائع الصنائع» (٣/ ٣٠٩)، «الاختيار» (٣/ ١٧٨).

(٣) «الاختيار» (٣/ ١٧٨).

(٤) قال الخرشي: «يجب على المرأة الكبيرة في عدة الوفاة دون الطلاق». «شرح مختصر خليل» (٤/ ١٤٧)، وينظر: «حاشية العدوي على كفاية الطالب» (٢/ ١٢٢).

(٥) وهذا في الجديد، وقال في القديم بوجوب الإحداد عليها. ينظر: «البيان في مذهب الإمام» (١١/ ٧٨)، وينظر: «نهاية المحتاج» (٧/ ١٤٩).

(٦) قال ابن المنذر: «وأجمعوا على منعها بعض ذلك. فمما لا أعلمهم اختلفوا في المنع منه: الثياب المصبغة والمعصفرة - إلا ما صبغ السواد، وكره عوام أهل العلم ذلك». «الأوسط» (٩/ ٥٦٩). =

النِّسَاءِ، وَذَلِكَ كَالْحُلِيِّ وَالْكُحْلِ - إِلَّا مَا لَمْ تَكُنْ فِيهِ زِينَةٌ وَلِبَاسٌ من الأثواب الْمَصْبُوغَةِ إِلَّا السَّوَادَ، فَإِنَّهُ لَمْ يَكْرَهه مَالِكٌ[١] لَهَا.

١٨٨٠ وَرَخَّصَ كُلُّهُمْ فِي الْكُحْلِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ:

فَبَعْضُهُمْ: اشْتَرَطَ فِيهِ مَا لَمْ تَكُنْ فِيهِ زِينَةٌ.

وَبَعْضُهُمْ: لَمْ يَشْتَرِطْهُ.

وَبَعْضُهُمْ: اشْتَرَطَ جَعْلَهُ بِاللَّيْلِ [أ/ ٣٣٧ظ] دُونَ النَّهَارِ[٢].

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَأَقَاوِيلُ الْفُقَهَاءِ فِيمَا تَجْتَنِبُ الْحَادّ مُتَقَارِبَةٌ، وَذَلِكَ مَا يُحَرِّكُ الرِّجَالَ - بِالْجُمْلَةِ[٣] - إِلَيْهِنَّ.

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ لِإِيجَابِ الْإِحْدَادِ فِي الْجُمْلَةِ[٤]، لِثُبُوتِ السُّنَّةِ بِذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ **فَمِنْهَا**: حَدِيثُ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ ابْنَتِي تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا، وَقَدِ اشْتَكَتْ عَيْنَيْهَا أَفَنَكْحُلُهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **لَا، مَرَّتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا، كُلُّ ذَلِكَ يَقُولُ: لَا، ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا** [م/ ١٨٤و] **هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ**»[٥].

قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: فَعَلَى هَذَا الْحَدِيثِ يَجِبُ التَّعْوِيلُ عَلَى الْقَوْلِ بِإِيجَابِ الْإِحْدَادِ[٦].

= وقال ابن عبد البر: «ومعنى إحداد المتوفى عنهن أزواجهن من النساء: ترك الزينة الراغبة إلى الأزواج، وذلك لباس الثوب المصبوغ للزينة ولباس الرقيق المستحسن من الكتان والقطن ولا تلبس خزًّا ولا حريرًا ولا شيئًا من الحلي، ولا تمس أحدًا من طيب». «الاستذكار» (٦/ ٢٣١).

(١) ينظر: (الشرح الكبير) للدردير (٢/ ٤٧٨).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٣١).

(٣) في (أ): «بالجهة».

(٤) في (أ): «الجهة».

(٥) أخرجه البخاري (٥٣٣٦)، ومسلم (١٤٨٨).

(٦) ينظر: «المحلى»، لابن حزم (١٠/ ٦٣ - ٦٦).

وَأَمَّا حَدِيثُ أُمِّ حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حِينَ دَعَتْ بِالطِّيبِ، فَمَسَحَتْ بِهِ عَارِضَيْهَا، ثُمَّ قَالَتْ: مَا لِي بِهِ مِنْ حَاجَةٍ، غَيْرَ أَنِّي [ب/٢٩٣ظ] سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: **«لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ مُؤْمِنَةٍ**[١] **تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»**[٢].

فَلَيْسَ فِيهِ حُجَّةٌ، لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ حَظْرٍ، فَهُوَ يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ دُونَ الْإِيجَابِ.

وَكَذَلِكَ حَدِيثُ زَيْنَبَ بِنْتِ جَحْشٍ[٣].

قُلْتُ: وَفِي الْأَمْرِ إِذَا وَرَدَ بَعْدَ الْحَظْرِ خِلَافٌ بَيْنَ الْمُتَكَلِّمِينَ ـ أَعْنِي: هَلْ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ أَوِ الْإِبَاحَةَ؟

وَسَبَبُ الْخِلَافِ بَيْنَ مَنْ أَوْجَبَهُ عَلَى الْمُسْلِمَةِ دُونَ الْكَافِرَةِ: أَنَّ مَنْ رَأَى أَنَّ الْإِحْدَادَ عِبَادَةٌ لَمْ يُلْزِمْهُ الْكَافِرَةَ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ مَعْنًى مَعْقُولٌ، وَهُوَ تَشَوُّفُ الرِّجَالِ إِلَيْهَا، وَهِيَ إِلَى الرِّجَالِ، (سَوَّى بَيْنَ الْكَافِرَةِ وَالْمُسْلِمَةِ.

وَمَنْ رَاعَى تَشَوُّفَ الرِّجَالِ)[٤] دُونَ تَشَوُّفِ النِّسَاءِ: فَرَّقَ بَيْنَ الصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ، إِذَا كَانَتِ الصَّغِيرَةُ لَا يَتَشَوَّفُ إِلَيْهَا الرِّجَالُ.

وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ أَوْجَبَهُ عَلَى الْمُسْلِمَاتِ دُونَ الْكَافِرَاتِ:

قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ»**[٥].

قَالَ: وَشَرْطُهُ الْإِيمَانَ فِي الْإِحْدَادِ يَقْتَضِي أَنَّهُ[٦] عِبَادَةٌ.

وَأَمَّا مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْأَمَةِ وَالْحُرَّةِ وَكَذَلِكَ الْكِتَابِيَّةِ: فَلِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ أَوْجَبَتْ شَيْئَيْنِ بِاتِّفَاقٍ:

---

(١) من (ب).
(٢) البخاري (١٢٨٠).
(٣) مسلم (١٤٨٧).
(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٥) البخاري (١٢٨٠).
(٦) في (ب): «أن يكون».

أَحَدُهُمَا: الْإِحْدَادُ.

وَالثَّانِي: تَرْكُ الْخُرُوجِ.

فَلَمَّا سَقَطَ تَرْكُ الْخُرُوجِ عَنِ الْأَمَةِ وَالْحَاجَةِ إِلَى اسْتِخْدَامِهَا سَقَطَ عَنْهَا مَنْعُ الزِّينَةِ.

واخْتِلَافُهُمْ فِي الْمُكَاتَبَةِ، مِنْ قِبَلِ تَرَدُّدِهَا بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ.

١٨٨١ وَأَمَّا الْأَمَةُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَأُمُّ الْوَلَدِ:

فَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ إِلَى إِسْقَاطِ الْإِحْدَادِ [أ/٢٣٨و] عَنْهَا؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحِدَّ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ**»(١)، فَعُلِمَ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ(٢) (أَنَّ مَا(٣) عَدَا ذَاتِ الزَّوْجِ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا إِحْدَادٌ.

وَمَنْ أَوْجَبَهُ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا دُونَ الْمُطَلَّقَةِ)(٤): تَعَلَّقَ بِالظَّاهِرِ الْمَنْطُوقِ بِهِ.

وَمَنْ أَلْحَقَ الْمُطَلَّقَاتِ بِهِنَّ، فَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ يَظْهَرُ مِنْ مَعْنَى الْإِحْدَادِ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ أَنْ لَا يَتَشَوَّفَ إِلَيْهَا الرِّجَالُ فِي الْعِدَّةِ، وَلَا تَتَشَوَّفُ هِيَ، وَذَلِكَ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ لِمَكَانِ حِفْظِ الْأَنْسَابِ.

تَمَّ(٥) كِتَابُ الطَّلَاقِ، [ب/٢٩٤و] (بِحَمْدِ اللهِ، وَحُسْنِ عَوْنِهِ)(٦).

---

(١) أخرجه البخاري (١٢٨٠)، ومسلم (١٤٨٦).

(٢) دليل الخطاب أو مفهوم المخالفة: هو ثبوت نقيض حكم المنطوق ـ نفيًا كان أو إثباتًا ـ للمسكوت عنه، لأن دليله من جنس الخطاب، أو: لأن الخطاب دال عليه. مثاله: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا»؛ أي: لم يتنجس، فإنه يدل مفهومه على أن ما دون القلتين يتنجس بمجرد ملاقاة النجاسة. ينظر: «التمهيد»، للإسنوي (١/ ٣٧٠)، «التقرير والتحبير» (١/ ١٥١)، «إرشاد الفحول» (١/ ١٧٨).

(٣) في (م): «من».

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) في (أ): «انتهى».

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[1]

كِتَابُ الْبُيُوعِ

١٨٨٢ الْكَلَامُ فِي الْبُيُوعِ يَنْحَصِرُ فِي خَمْسِ جُمَلٍ:

فِي مَعْرِفَةِ أَنْوَاعِهَا.

وَفِي مَعْرِفَةِ شُرُوطِ الصِّحَّةِ فِي وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنْهَا.

وَفِي مَعْرِفَةِ شُرُوطِ الْفَسَادِ.

وَفِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ.

وَفِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ.

فَنَذْكُرُ نَحْنُ أَنْوَاعَ الْبُيُوعِ الْمُطْلَقَةِ، ثُمَّ نَذْكُرُ شُرُوطَ الْفَسَادِ وَالصِّحَّةِ فِي وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَأَحْكَامُ بُيُوعِ الصِّحَّةِ، وَأَحْكَامُ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ.

وَلَمَّا كَانَتْ أَسْبَابُ الْفَسَادِ وَالصِّحَّةِ فِي الْبُيُوعِ:

مِنْهَا: عَامَّةٌ لِجَمِيعِ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ أَوْ لِأَكْثَرِهَا.

وَمِنْهَا: خَاصَّةٌ.

وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي أَحْكَامِ الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ ـ اقْتَضَى النَّظَرُ الصِّنَاعِيُّ أَنْ نَذْكُرَ الْمُشْتَرَكَ من هَذِهِ الْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ:

أَعْنِي: الْعَامَّ مِنْ أَسْبَابِ الْفَسَادِ وَأَسْبَابِ الصِّحَّةِ، وَأَحْكَامِ الصِّحَّةِ (وَأَحْكَامِ الْفَسَادِ)[2] لِجَمِيعِ الْبُيُوعِ.

ثُمَّ نَذْكُرُ الْخَاصَّ مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ بِوَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنَ الْبُيُوعِ. [م/ ١٨٤ظ]

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب). (٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

١٨٨٣ فَيَنْقَسِمُ هَذَا الْكِتَابُ بِاضْطِرَارٍ[١] إِلَى سِتَّةِ أَجْزَاءٍ:

الْجُزْءُ الْأَوَّلُ: تُعْرَفُ فِيهِ أَنْوَاعُ الْبُيُوعِ الْمُطْلَقَةِ.

وَالثَّانِي: تُعْرَفُ فِيهِ أَسْبَابُ الْفَسَادِ الْعَامَّةِ فِي الْبُيُوعِ الْمُطْلَقَةِ أَيْضًا ـ أَعْنِي: فِي كُلِّهَا أَوْ أَكْثَرِهَا ـ إِذْ كَانَتْ أَعْرَفَ مِنْ أَسْبَابِ الصِّحَّةِ.

الثَّالِثُ: تُعْرَفُ فِيهِ أَسْبَابُ الصِّحَّةِ فِي الْبُيُوعِ الْمُطْلَقَةِ أَيْضًا.

الرَّابِعُ: نَذْكُرُ فِيهِ أَحْكَامَ الْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ ـ أَعْنِي: الْأَحْكَامَ الْمُشْتَرَكَةَ لِكُلِّ الْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ أَوْ لِأَكْثَرِهَا.

الْخَامِسُ: نَذْكُرُ فِيهِ أَحْكَامَ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ـ أَعْنِي: إِذَا وَقَعَتْ.

السَّادِسُ: نَذْكُرُ فِيهِ نَوْعًا نَوْعًا[٢] [أ/٣٣٨ظ] **مِنَ الْبُيُوعِ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ وَأَحْكَامِهَا.**

(الْبَابُ الْأَوَّلُ)[٣]:

(الْجُزْءُ الْأَوَّلُ)[٤]:

١٨٨٤ إِنَّ كُلَّ مُعَامَلَةٍ وُجِدَتْ بَيْنَ اثْنَيْنِ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ عَيْنًا بِعَيْنٍ، أَوْ عَيْنًا بِشَيْءٍ فِي الذِّمَّةِ، أَوْ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ.

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِةِ: إِمَّا نَسِيئَةٌ، وَإِمَّا نَاجِزٌ.

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ أَيْضًا:

إِمَّا نَاجِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

وإِمَّا نَسِيئَةٌ مِنَ الطَّرَفَينِ.

وَإِمَّا نَاجِزٌ مِنَ الطَّرَفِ الْوَاحِدِ ونَسِيئَةٌ مِنَ الْآخَرِ، فَتَكُونُ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ تِسْعَةٌ.

---

(١) في المطبوع: «باضطراد».

(٢) من (م).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

١٨٨٥ فَأَمَّا النَّسِيئَةُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ:

فَلَا تَجُوزُ بِإِجْمَاعٍ[١]، لَا فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الذِّمَّةِ، لِأَنَّهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ[٢].

وَأَسْمَاءُ هَذِهِ الْبُيُوعِ:

مِنْهَا: مَا يَكُونُ مِنْ قِبَلِ صِفَةِ الْعَقْدِ وَحَالِ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: مَا يَكُونُ مِنْ قِبَلِ صِفَةِ الْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ عَيْنًا بِعَيْنٍ، فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ ثَمَنًا بِمَثْمُونٍ، أَوْ ثَمَنًا بثمن، فَإِنْ كَانَتْ ثَمَنًا بِثَمَنٍ: سُمِّيَ صَرْفًا، وَإِنْ كَانَتْ ثَمَنًا بِمَثْمُونٍ: سُمِّيَ بَيْعًا مُطْلَقًا، (وَكَذَلِكَ مَثْمُونًا بِمَثْمُونٍ عَلَى الشُّرُوطِ الَّتِي تُقَالُ بَعْدُ)[٣]، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا بِذِمَّةٍ سُمِّيَ سَلَمًا، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْخِيَارِ سُمِّيَ بَيْعَ خِيَارٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُرَابَحَةِ سُمِّيَ بَيْعَ مُرَابَحَةٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُزَايَدَةِ سُمِّيَ بَيْعَ مُزَايَدَةٍ.

الجملة الثَّانِية

وإِذَا اعْتُبِرَتِ الْأَسْبَابُ الَّتِي مِنْ قِبَلِهَا وَرَدَ النَّهْيُ الشَّرْعِيُّ فِي الْبُيُوعِ - وَهِيَ أَسْبَابُ الْفَسَادِ الْعَامَّةُ - وُجِدَتْ أَرْبَعَةٌ:

أَحَدُهَا: تَحْرِيمُ عَيْنِ الْمَبِيعِ.

وَالثَّانِي: الرِّبَا.

---

(١) «الإجماع»، لابن المنذر (ص١٣٢)، «الإشراف»، لابن المنذر (٦/ ٤٤)، «المغني»، لابن قدامة (٦/ ١٠٦، ٤١٠).

(٢) وردت عدة روايات ضعيفة في هذا الباب؛ تنظر في: «نصب الراية»، للزيلعي (٤/ ٣٩ - ٤١).
ولذا قال الإمام أحمد: ليس في هذا حديث يصح إنما إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دَين بدَين.
وقال الحافظ ابن المنذر: إسناد هذا الحديث لا يثبت. ينظر: «البدر المنير»، لابن الملقن (٦/ ٥٦٧).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

وَالثَّالِثُ: الْغَرَرُ.

وَالرَّابِعُ: الشُّرُوطُ الَّتِي تَئُولُ إِلَى أَحَدِ هَذَيْنِ أَوْ لِمَجْمُوعِهِمَا.

وَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ هِيَ بِالْحَقِيقَةِ[1] أُصُولُ الْفَسَادِ، وَذَلِكَ أَنَّ النَّهْيَ (إِنَّمَا تَعَلَّقَ [ب/ ٢٩٤ظ] فِيهَا بِالْبَيْعِ مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ بَيْعٌ [لَا لِأَمْرٍ][2] خَارِجٍ.

وَأَمَّا الَّتِي وَرَدَ النَّهْيُ فِيهَا)[3] لِأَسْبَابٍ مِنْ خَارِجٍ:

فَمِنْهَا: الْغِشُّ.

وَمِنْهَا: الضَّرَرُ.

وَمِنْهَا: لِمَكَانِ الْوَقْتِ[4] الْمُسْتَحَقِّ بِمَا هُوَ أَهَمُّ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةُ الْبَيْعِ. فَفِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَبْوَابٌ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْأَعْيَانِ الْمُحَرَّمَةِ الْبَيْعِ

وَهَذِهِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

نَجَاسَاتٌ.

(وَغَيْرُ نَجَاسَاتٍ)[5].

١٨٨٦ فَأَمَّا بَيْعُ النَّجَاسَاتِ:

فَالْأَصْلُ فِي تَحْرِيمِهَا: حَدِيثُ جَابِرٍ؛ فِي[6] الصَّحِيحَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**إِنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ**، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهُ يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ وَيُسْتَصْبَحُ بِهَا؟ فَقَالَ: «**لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ، حُرِّمَتِ** [أ/ ٣٣٩و] **الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ، فَبَاعُوهَا، وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا**»[7].

---

(١) في (م): «على الحقيقة».
(٢) في (م): «كالأمر من».
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) من (أ).
(٥) ليس في (ب).
(٦) في (م): «ثبت في».
(٧) زاد في المطبوع: «وَقَالَ فِي الْخَمْرِ: إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا».

١٨٨٧ وَالنَّجَاسَاتُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

(أ) ضَرْبٌ اتَّفَقَ[١] الْمُسْلِمُونَ عَلَى تَحْرِيمِ بَيْعِهَا ـ وَهِيَ الْخَمْرُ، وَأَنَّهَا نَجِسَةٌ، إِلَّا خِلَافًا شَاذًّا فِي الْخَمْرِ ـ أَعْنِي: فِي كَوْنِهَا نَجِسَةً.

وَالْمَيْتَةُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا الَّتِي تَقْبَلُ الْحَيَاةَ، وَكَذَلِكَ الْخِنْزِيرُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ الَّتِي تَقْبَلُ الْحَيَاةَ.

(ب) وَاخْتُلِفَ فِي الِانْتِفَاعِ بِشَعْرِهِ، فَأَجَازَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَمَنَعَهُ أَصْبَغُ[٢].

١٨٨٨ وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي ـ وَهِيَ النَّجَاسَاتُ الَّتِي تَدْعُو الضَّرُورَةُ إِلَى اسْتِعْمَالِهَا كَالرَّجِيعِ، وَالزِّبْلِ الَّذِي يُتَّخَذُ فِي الْبَسَاتِينِ:

فَاخْتُلِفَ فِي بَيْعِهَا فِي الْمَذْهَبِ:

فَقِيلَ: بِمَنْعِهَا مُطْلَقًا.

(وَقِيلَ: بِإِجَازَتِهَا مُطْلَقًا)[٣].

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْعَذِرَةِ وَالزِّبْلِ[٤] ـ أَعْنِي: إِبَاحَةَ الزِّبْلِ وَمَنْعَ الْعَذِرَةِ.

= والحديث أخرجه البخاري (٢٢٢٤)، ومسلم (١٥٨٣).

(١) نقل الإجماع: ابن المنذر في «الأوسط» (١٠/ ١٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٨/ ٣٠)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (٢/ ١٩٢)، والنووي في «شرح صحيح مسلم» (١١/ ٣).

(٢) ينظر: «شرح التلقين» (٢/ ٤٢٧)، وروي عن الشعبي: أنه سئل عن جُرُب من جلود الخنازير، يُحمل فيها من أذربيجان، فقال: لا بأس به، ورخص الأوزاعي في شرائه، وكره بيعه. ينظر: «الأوسط» (٢/ ٤١٣).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) قال المازَرِي: «ذكر في «المدوّنة» ابن القاسم: أنّه لم يسمع من مالك في جواز بيع الزّبل شيئًا، ولكنّه سمع منه أنّه كره بيع العذِرة لنجاستها. قال: كذلك ينبغي أن يكره بيع الزّبل لنجاسته، وأنا لا أرى ببيعه بأسًا. فساوى ابن القاسم في إلزامه مالكًا ما بين حكم العذرة والزّبل.

فمقتضى هذا جواز بيعها عنده، والنّهي عنه على رأي مالك. وقد قيل في الزّبل: المشتري أعذر فيه من البائع، وأمّا العذرة فلا خير فيها. وقيل أيضًا: إنّ المشتري =

١٨٨٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا يُتَّخَذُ مِنْ أَنْيَابِ الْفِيلِ، لِاخْتِلَافِهِمْ هَلْ هُوَ نَجِسٌ أَمْ لَا؟

فَمَنْ رَأَى أَنَّهُ نَابٌ جَعَلَهُ مَيْتَةً. [م/ ١٨٥و]

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ قَرْنٌ مَعْكُوسٌ جَعَلَ حُكْمَهُ حُكْمَ الْقَرْنِ، وَالْخِلَافُ فِيهِ فِي الْمَذْهَبِ.

وَأَمَّا مَا حَرَّمَ بَيْعَهُ مِمَّا لَيْسَ بِنَجِسٍ أَوْ مُخْتَلَفٌ فِي نَجَاسَتِهِ:

فَمِنْهَا: الْكَلْبُ وَالسِّنَّوْرُ.

١٨٩٠ أَمَّا الْكَلْبُ:

فَاخْتَلَفُوا فِي بَيْعِهِ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ أَصْلًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَفَرَّقَ أَصْحَابُ مَالِكٍ(٣) بَيْنَ كَلْبِ الْمَاشِيَةِ وَالزَّرْعِ الْمَأْذُونِ فِي اتِّخَاذِهِ، وَبَيْنَ مَا لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ.

= العذرة أعذر من البائع. وقال ابن عبد الحكم: لم يعذر الله سبحانه واحدًا منهما، وهما سيّان في الإثم.
وقد قدّمنا لك ما تعلم منه سبب هذا الاختلاف». «شرح التلقين» (٢/ ٤٢٦). وينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٨٤)، «التاج والإكليل» (٤/ ٢٥٨).

(١) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٧)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠).
وهو مذهب الحنابلة، قال المرداوي: «ولا يجوز بيع الكلب. هذا المذهب مطلقًا، وعليه الأصحاب، وقطعوا به». «الإنصاف» (١١/ ٤٣). وينظر: «شرح الزركشي» (٢/ ٩٦).

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» (ص٦٩)، «المبسوط»، للسرخسي (١١/ ٢٣٤).

(٣) قال ميّارة: «وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع، وفي معناه كلب الزرع فإن اتخاذ الكلب جائز، واختلف في بيعه، . . . وللمنع ذهب ابن القصار». «شرح ميارة» (١/ ٥١٤). وينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٦٧٣)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٦٧).

١٨٩١ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِلِانْتِفَاعِ بِهِ وَإِمْسَاكِهِ.

١٨٩٢ فَأَمَّا مَنْ أَرَادَهُ لِلْأَكْلِ:

فَاخْتَلَفُوا فِيهِ:

فَمَنْ أَجَازَ أَكْلَهُ أَجَازَ بَيْعَهُ.

وَمَنْ لَمْ يُجِزْهُ - عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ - لَمْ يُجِزْ بَيْعَهُ.

١٨٩٣ وَاخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي الْمَأْذُونِ فِي اتِّخَاذِهِ:

فَقِيلَ: هُوَ حَرَامٌ.

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ.

فَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَعُمْدَتُهُ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا:

ثُبُوتُ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ[١] ثَمَنِ الْكَلْبِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ[٢].

وَالثَّانِي:

أَنَّ الْكَلْبَ عِنْدَهُ نَجِسُ الْعَيْنِ كَالْخِنْزِيرِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا دَلِيلَهُ فِي ذَلِكَ فِي باب الطَّهَارَةِ.

وَأَمَّا مَنْ أَجَازَ: [ب/٢٩٥و] فَعُمْدَتُهُ أَنَّهُ طَاهِرُ الْعَيْنِ غَيْرُ مُحَرَّمِ الْأَكْلِ، فَجَازَ بَيْعُهُ كَالْأَشْيَاءِ الطَّاهِرَةِ الْعَيْنِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَيْضًا فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ[٣] اسْتِدْلَالُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ طَاهِرُ الْعَيْنِ، وَفِي كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ[٤] - اسْتِدْلَالُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ حَلَالٌ.

---

(١) في (م): «في».

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٨٦)، ومسلم (١٥٦٧).

(٣) فقرة (٩٢).

(٤) فقرة (١٤٩٧).

وَمَنْ فَرَّقَ أَيْضًا: فَعُمْدَتُهُ [أ/٣٣٩ظ] أَنَّهُ غَيْرُ مُبَاحٍ لِلْأَكْلِ، وَلَا مُبَاحِ الِانْتِفَاعُ بِهِ، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ الْحَدِيثُ مِنْ كَلْبِ الْمَاشِيَةِ أَوْ كَلْبِ الزَّرْعِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ، وَرُوِيَتْ أَحَادِيثُ(١) غَيْرُ مَشْهُورَةٍ اقْتَرَنَ فِيهَا بِالنَّهْيِ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ؛ اسْتِثْنَاءُ أَثْمَانِ الْكِلَابِ الْمُبَاحَةِ الِاتِّخَاذِ.

١٨٩٤ وَأَمَّا النَّهْيُ عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ:

فَثَابِتٌ(٢).

وَلَكِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى إِبَاحَتِهِ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرُ الْعَيْنِ مُبَاحُ الْمَنَافِعِ.

فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْكِلَابِ تَعَارُضُ الْأَدِلَّةِ.

١٨٩٥ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِ الزَّيْتِ النَّجِسِ، وَمَا ضَارَعَهُ - بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى تَحْرِيمِ أَكْلِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٣): لَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتِ النَّجِسِ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٤).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥): يَجُوزُ إِذَا بَيَّنَ.

---

(١) كحديث الترمذي (١٢٨١)، عن أبي المهزم، عن أبي هريرة قال: «نهى عن ثمن الكلب، إلا كلب الصيد». ثم قال: هذا حديث لا يصح من هذا الوجه. وأبو المهزم اسمه يزيد بن سفيان، وتكلم فيه شعبة بن الحجاج وضعَّفه. وقد روي عن جابر، عن النبي ﷺ نحو هذا، ولا يصح إسناده أيضًا. وينظر: «تخريج البداية»، للمحدث الغُماري (٧/ ١٦٦ - ١٦٨).

(٢) أخرج مسلم (١٥٦٩)، عن أبي الزبير، قال: سألت جابرًا، عن ثمن الكلب والسِّنَّور؟ قال: «زجر النبي ﷺ عن ذلك».

(٣) قال ابن شاس: «قال ابن حبيب: لا يباع الزيت النجس. قال: وعلى ذلك مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه أجاز بيعه إذا بيِّن». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٨٥). وينظر: «شرح التلقين» (٢/ ٤٢١)، «التاج والإكليل» (١/ ١٦٢).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ١٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ٨).

(٥) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (١٠/ ١٩٨)، «البحر الرائق» (٦/ ١٨٧). ومذهب الحنابلة المنع من بيعه. ينظر: «شرح الزركشي» (٢/ ٩٨).

وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[١]. وَحُجَّةُ مَنْ حَرَّمَهُ: حَدِيثُ جَابِرٍ الْمُتَقَدِّمُ: «أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَامَ الْفَتْحِ، يَقُولُ: إِنَّ اللهَ تَعَالَى وَرَسُولَهُ حَرَّمَا الْخَمْرَ وَالْمَيْتَةَ وَالْخِنْزِيرَ»[٢].

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهُ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي الشَّيْءِ أَكْثَرُ مِنْ مَنْفَعَةٍ وَاحِدَةٍ، وَحُرِّمَ مِنْها وَاحِدَةٌ مِنْ تِلْكَ الْمَنَافِعِ: أَنَّهُ لَيْسَ[٣] يَلْزَمُهُ أَنْ يُحَرَّمَ مِنْهُ سَائِرُ الْمَنَافِعِ، وَلَا سِيَّمَا، إِذَا كَانَتِ الْحَاجَةُ إِلَى الْمَنْفَعَةِ غَيْرِ الْمُحَرَّمَةِ كَالْحَاجَةِ إِلَى الْمُحَرَّمَةِ، فَإِذَا كَانَ الْأَصْلُ هَذَا، فَخْرُجُ مِنْهُ بِالنَّصِّ الْخَمْرُ وَالْمَيْتَةُ وَالْخِنْزِيرُ، وَبَقِيَتْ سَائِرُ مُحَرَّمَاتِ الْأَكْلِ عَلَى الْإِبَاحَةِ - أَعْنِي: أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِيهَا مَنَافِعُ سِوَى الْأَكْلِ فَبِيعَتْ لِهَذَا - جَازَ، وَرَوَوْا عَنْ عَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، (وَابْنِ عُمَرَ، مِن)[٤] أَنَّهُمْ أَجَازُوا بَيْعَ الزَّيْتِ النَّجِسِ لِيُسْتَصْبَحَ بِهِ[٥].

وَفِي مَذْهَبِ مَالِكٍ[٦]: جَوَازُ الِاسْتِصْبَاحِ (بِهِ[٧] وَعَمَلُ الصَّابُونِ مَعَ تَحْرِيمِ بَيْعِهِ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ[٨] - أَيْضًا - مَعَ تَحْرِيمِ ثَمَنِهِ.

وَهَذَا كُلُّهُ ضَعِيفٌ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ فِي الْمَذْهَبِ رِوَايَةً أُخْرَى بِمَنْعِ الِاسْتِصْبَاحِ)[٩]، وَهُوَ

---

(١) ينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٨٥)، «التاج والإكليل» (١/ ١٦٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (١٥٨١).

(٣) ليست في (م).

(٤) ليس في (م).

(٥) ينظر: «الأوسط» (١٠/ ١٢ - ١٣)، «الاستذكار» (٨/ ٥٠٨).

(٦) ينظر: «التاج والإكليل» (١/ ١١٣)، «مواهب الجليل» (١/ ١١١).

(٧) من هنا يبدأ خرم في (أ).

(٨) قال النووي: «ويجوز الاستصباح بالدهن النجس على المشهور، وسواء نجس بعارض، أو كان نجس العين». «روضة الطالبين» (٣/ ٦٦)، وينظر: «تحفة المحتاج» (٣/ ٣٢).

(٩) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

أَلْزَمُ[(١)] لِلأَصْلِ - أَعْنِي: لِتَحْرِيمِ الْبَيْعِ.

١٨٩٦ وَاخْتُلِفَ أَيْضًا - فِي الْمَذْهَبِ فِي غَسْلِهِ وَطَبْخِهِ، هَلْ هُوَ مؤثر فِي عَيْنِ النَّجَاسَةِ وَمُزِيلٌ لَهَا عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا جَوَازُ ذَلِكَ، وَالْآخَرُ مَنْعُهُ.

[ب/ ٢٩٥ظ] وَهُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ الزَّيْتَ إِذَا خَالَطَهُ النَّجِسُ، هَلْ نَجَاسَتُهُ نَجَاسَةُ عَيْنٍ أَوْ نَجَاسَةُ مُجَاوَرَةٍ؟

فَمَنْ رَآهُ نَجَاسَةَ مُجَاوَرَةٍ طَهَّرَهُ عِنْدَه الْغَسْلِ وَالطَّبْخِ.

وَمَنْ رَآهُ نَجَاسَةَ عَيْنٍ لَمْ يُطَهِّرْهُ عِنْدَه الطَّبْخِ وَالْغَسْلِ.

١٨٩٧ وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي جَوَازِ بَيْعِ لَبَنِ الْآدَمِيَّةِ [م/ ١٨٥ظ] إِذَا حُلِبَ:

فَمَالِكٌ[(٢)]، وَالشَّافِعِيُّ: يُجَوِّزَانِهِ[(٣)].

وَأَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُجِيزُهُ[(٤)].

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ بَيْعَهُ: أَنَّهُ لَبَنٌ أُبِيحَ شُرْبُهُ، فَأُبِيحَ بَيْعُهُ؛ قِيَاسًا عَلَى لَبَنِ سَائِرِ الْأَنْعَامِ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَرَى أن تَحْلِيلَهُ [أ/ ٣٤٠و] إِنَّمَا هُوَ لِمَكَانِ ضَرُورَةِ الطِّفْلِ، وَأَنَّهُ فِي الْأَصْلِ مُحَرَّمٌ، إِذْ لَحْمُ ابْنِ آدَمَ مُحَرَّمٌ.

---

(١) في (أ): «إلزام».

(٢) قال ابن شاس: «ويجوز بيع لبن الآدميات، لأنه طاهر منتفع به». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٨٧). وينظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٢٦٥).

(٣) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٥٥)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٠).

(٤) قال السرخسي: «لبن الآدمية ليس بمال متقوم، فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه». «المبسوط» (١٥/ ١٢٥)، وينظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٥٠). والصحيح من مذهب الحنابلة جواز بيعه، وفي وجه آخر منعه. ينظر: «الفروع»، لابن مفلح (٦/ ١٣٥)، «المبدع» (٤/ ١١).

وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمْ: أَنَّ الْأَلْبَانَ تَابِعَةٌ لِلُّحُومِ، فَقَالُوا فِي قِيَاسِهِمْ ـ هَكَذَا: الْإِنْسَانُ حَيَوَانٌ لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُ لَبَنِهِ، أَصْلُهُ لَبَنُ الْخِنْزِيرِ، وَالْأَتَانِ.

فَسَبَبُ الاختلاف فِي هَذَا الْبَابِ: تَعَارُضُ أَقْيِسَةِ الشَّبَهِ.

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، وَإِنَّمَا نَذْكُرُ مِنَ الْمَسَائِلِ فِي كُلِّ بَابٍ الْمَشْهُورَ؛ لِيَجْرِيَ ذَلِكَ مَجْرَى الْأُصُولِ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِي بُيُوعِ الرِّبَا

١٨٩٨ وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ(١) عَلَى أَنَّ الرِّبَا يُوجَدُ فِي شَيْئَيْنِ:

فِي الْبَيْعِ، وَفِيمَا تَقَرَّرَ فِي الذِّمَّةِ مِنْ بَيْعٍ، أَوْ سَلَفٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

فَأَمَّا الرِّبَا فِيمَا تَقَرَّرَ فِي الذِّمَّةِ:

فَهُوَ صِنْفَانِ:

صِنْفٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ(٢)، وَهُوَ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُمْ كَانُوا يُسَلِّفُونَ بِالزِّيَادَةِ وَيُنْظِرُونَ، فَكَانُوا يَقُولُونَ: أَنْظِرْنِي أَزِدْكَ.

وَهَذَا هُوَ الَّذِي عَنَاهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ بِقَوْلِهِ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ: «**أَلَا وَإِنَّ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ، وَأَوَّلُ رِبًا أَضَعُهُ رِبَا الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ**»(٣).

وَالثَّانِي: «ضَعْ وَتَعَجَّلْ».

وَهُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَسَنَذْكُرُهُ بَعْدُ.

١٨٩٩ وَأَمَّا الرِّبَا فِي الْبَيْعِ:

---

(١) وافقه على نقل الاتفاق: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤٨٨)، وابن حزم في «المحلى بالآثار» (٨/ ٤٦٧).

(٢) وافقه على نقل الإجماع: الماوردي في «الحاوي الكبير» (٤/ ٣١)، والباجي في «المنتقى» (٦/ ٤٤٩). .

(٣) أخرجه مسلم (١٢١٨).

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **أَجْمَعُوا**(١) عَلَى أَنَّهُ صِنْفَانِ:

نَسِيئَةٌ، وَتَفَاضُلٌ.

إِلَّا مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مِنْ إِنْكَارِهِ الرِّبَا فِي التَّفَاضُلِ، لِمَا رَوَاهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ: «**لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**»(٢).

وَإِنَّمَا صَارَ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ إِلَى أَنَّ الرِّبَا فِي هَذَيْنِ النَّوْعَيْنِ؛ لِثُبُوتِ ذَلِكَ عَنْهُ ﷺ.

١٩٠٠ وَالْكَلَامُ فِي الرِّبَا يَنْحَصِرُ فِي أَرْبَعَةِ فُصُولٍ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ، وَلَا يَجُوزُ فِيهَا النَّسَاءُ، وَتَبْيِينِ عِلَّةِ ذَلِكَ.

الثَّانِي: [ب/٢٩٦و] **مَعْرِفَةُ الْأَشْيَاءِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ، وَلَا يَجُوزُ فِيهَا النَّسَاءُ.**

الثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ مَا يَجُوزُ فِيهِ الْأَمْرَانِ جَمِيعًا.

الرَّابِعُ: فِي مَعْرِفَةِ مَا يُعَدُّ صِنْفًا وَاحِدًا مِمَّا لَا يُعَدُّ صِنْفًا وَاحِدًا.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

١٩٠١ فَنَقُولُ: **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ**(٣) عَلَى أَنَّ التَّفَاضُلَ وَالنَّسَاءَ مِمَّا لَا يَجُوزُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ الْأَصْنَافِ، الَّتِي نُصَّ عَلَيْهَا فِي حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَحَدِيثُ عُبَادَةَ هُوَ قَالَ: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ،

---

(١) وافقه على نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٤/ ٢٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٩)، ومسلم (١٥٩٦).

(٣) وافقه على نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٦/ ٥٤)، والزركشي في «شرح مختصر الخرقي» (٢/ ١٧).

وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ [أ/ ٣٤٠ظ] إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْنًا بِعَيْنٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى»[(١)]، فَهَذَا الْحَدِيثُ نَصٌّ فِي مَنْعِ التَّفَاضُلِ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنْ هَذِهِ الْأَعْيَانِ.

وَأَمَّا مَنْعُ النَّسِيئَةِ فِيهَا: فَثَابِتٌ، مِنْ غَيْرِ مَا حَدِيثٍ، أَشْهَرُهَا: حَدِيثُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبًا، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»**[(٢)].

فَتَضَمَّنَ حَدِيثُ عُبَادَةَ مَنْعُ التَّفَاضُلِ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ.

وَتَضَمَّنَ أَيْضًا حَدِيثُ عُبَادَةَ مَنْعَ النَّسَاءِ فِي الصِّنْفَيْنِ مِنْ هَذِهِ، وَإِبَاحَةَ التَّفَاضُلِ، وَذَلِكَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ الصَّحِيحَةِ، وَذَلِكَ: أَنَّ فِيهَا بَعْدَ ذِكْرِهِ مَنْعَ التَّفَاضُلِ فِي تِلْكَ السِّتَّةِ، «وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ كَيْفَ شِئْتُمْ، يَدًا بِيَدٍ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ، يَدًا بِيَدٍ»[(٣)].

١٩٠٢ (وَهَذَا[(٤)] كُلُّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنَ الْفُقَهَاءِ إِلَّا الْبُرَّ بِالشَّعِيرِ.

١٩٠٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا سِوَى هَذِهِ السِّتَّةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا:

فَقَالَ قَوْمٌ مِنْهُمْ أَهْلُ الظَّاهِرِ[(٥)]: إِنَّمَا يَمْتَنِعُ التَّفَاضُلُ فِي صِنْفٍ صِنْفٍ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ السِّتَّةِ فَقَطْ، وَأَنَّ مَا عَدَاهَا لَا يَمْتَنِعُ [م/ ١٨٦و] فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ، مِنْهَا التَّفَاضُلُ.

وَقَالَ هَؤُلَاءِ أَيْضًا: إِنَّ (النَّسَاءَ مُمْتَنِعٌ)[(٦)] فِي هَذِهِ السِّتَّةِ فَقَط، اتَّفَقَتِ

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٤)، ومسلم (١٥٨٦).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٨٧).

(٤) من هنا يبدأ خرم في (ب).

(٥) قال ابن عبد البر: «وشذ داود، فأجاز النسيئة والتفاضل فيما عدا البُر والشعير والتمر والملح من الطعام والإدام». «الاستذكار» (٦/ ٣٩٥). وينظر: «المحلى بالآثار» (٨/ ٤٧٤).

(٦) في (م): «النسيئة إنما تمتنع».

الْأَصْنَافُ أَوِ اخْتَلَفَتْ)[١].

١٩٠٤ وَهَذَا أَمْرٌ **مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ**[٢] ـ أَعْنِي: امْتِنَاعَ النَّسَاءِ فِيهَا باتفاق الْأَصْنَافِ واختلافها ـ إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ ابْنِ عُلَيَّةَ[٣] أَنَّهُ قَالَ: إِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَانِ جَازَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسِيئَةُ، مَا عَدَا الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ.

فَهَؤُلَاءِ جعلُوا النَّهْيَ الْمُتَعَلِّقَ بِأَعْيَانِ هَذِهِ السِّتَّةِ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٤]:

١٩٠٥ فَإِنَّهُمْ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ.

١٩٠٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْمَعْنَى الْعَامِّ الَّذِي وَقَعَ التَّنْبِيهُ[٥] عَلَيْهِ بِهَذِهِ الْأَصْنَافِ:

أَعْنِي: فِي مَفْهُومِ عِلَّةِ التَّفَاضُلِ وَمَنْعِ النَّسَاءِ فِيهَا.

١٩٠٧ فَالَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ **حُذَّاقُ الْمَالِكِيَّةِ**:

أَنَّ سَبَبَ مَنْعِ التَّفَاضُلِ.

أَمَّا[٦] فِي الْأَرْبَعَةِ:

فَالصِّنْفُ[٧] الْوَاحِدُ مِنَ الْمُدَّخَرِ الْمُقْتَاتِ[٨].

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

(٢) وافقه على نقل الاتفاق: ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٤٦٨).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٩٥).

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥)، «التلقين» (ص٣٦٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٥)، «روضة الطالبين» (٣/ ٣٧٩)، «الإنصاف»، للمرداوي (٥/ ١١).

(٥) في (أ): «التشبيه».

(٦) في (ب): «أن ما».

(٧) في (ب): «في الصنف».

(٨) قال في «المقدمات الممهدات» (٧/ ٤٣٠): «ومنهم من يقتصر على أن يقول: هي أن يكون الصنف الواحد مدخرًا مقتاتًا، ولا يزيد في صفة العلة أصلًا للمعاش غالبًا، وهو الذي يأتي عليه ما في هذه الرواية، ومذهب مالك في «موطئه»».

وَقَدْ قِيلَ: الصِّنْفُ الْوَاحِدُ الْمُدَّخَرُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَاتًا.

وَمِنْ شَرْطِ الِادِّخَارِ عِنْدَهُمْ:

أَنْ يَكُونَ فِي الْأَكْثَرِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ: الرِّبَا فِي الصِّنْفِ الْمُدَّخَرِ، وَإِنْ كَانَ نَادِرَ الِادِّخَارِ(١).

وَأَمَّا الْعِلَّةُ عِنْدَهُمْ فِي مَنْعِ التَّفَاضُلِ [أ/٣٤١و] فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ:

فَهُوَ الصِّنْفُ الْوَاحِدُ أَيْضًا مَعَ كَوْنِهِمَا رُءُوسًا لِلْأَثْمَانِ وَقِيَمًا لِلْمُتْلَفَاتِ.

وَهَذِهِ الْعِلَّةُ هِيَ الَّتِي تُعْرَفُ عِنْدَهُمْ بِالْقَاصِرَةِ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَهُمْ فِي غَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

وأَمَّا عِلَّةُ مَنْعِ النَّسَاءِ - (عِنْدَ(٢) الْمَالِكِيَّةِ(٣) - فِي الْأَرْبَعَةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا، فَهُوَ الطُّعْمُ وَالِادِّخَارُ، دُونَ اتِّفَاقِ الصِّنْفِ.

وَلِذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَتْ أَصْنَافُهَا جَازَ عِنْدَهُمُ التَّفَاضُلُ دُونَ النَّسِيئَةِ.

وَلِذَلِكَ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ عِنْدَهُمْ فِي الْمَطْعُومَاتِ الَّتِي لَيْسَتْ مُدَّخَرَةً - أَعْنِي: فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنْهَا - وَلَا يَجُوزُ النَّسَاءُ)(٤).

أَمَّا جَوَازُ التَّفَاضُلِ، فَلِكَوْنِهَا [ب/٢٩٦ظ] لَيْسَتْ مُدَّخَرَةً(٥).

---

(١) ينظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٣٧)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٦).

(٢) من هنا يبدأ خرم في (ب).

(٣) قال في «التاج والإكليل» (٦/ ١٩٧): «والعلة: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالبًا. فنصَّ على البُرِّ ليفيد كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به، ونصَّ على الشعير ليبين مشاركته للبر في ذلك أنه يكون قوتًا في حال الاضطرار، فنبه به على الدُّخْن وغيرها، ونصَّ على التمر لينبه به على كل حلاوة ومدخرة غالبًا، كالسكر والعسل والزبيب وما في معناها، ونص على الملح لينبه به على ما أصلح المقتات من المأكولات، كالأبازير وما في معناها».

(٤) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

(٥) زاد في المطبوع: «وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الِادِّخَارَ شَرْطٌ فِي تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ».

وَأَمَّا مَنْعُ النَّسَاءِ فِيهَا:

فَلِكَوْنِهَا مَطْعُومَةً.

وَقَدْ قُلْنَا: إِنَّ الطُّعْمَ بِإِطْلَاقٍ عِلَّةٌ لِمَنْعِ النَّسَاءِ فِي الْمَطْعُومَاتِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ(١): فَعِلَّةُ مَنْعِ التَّفَاضُلِ عِنْدَهُمْ فِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ هُوَ الطُّعْمُ فَقَطْ مَعَ اتِّفَاقِ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ.

وَأَمَّا عِلَّةُ النَّسَاءِ: فَالطُّعْمُ دُونَ اعْتِبَارِ الصِّنْفِ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ(٢): فَعِلَّةُ مَنْعِ التَّفَاضُلِ عِنْدَهُمْ فِي هذه السِّتَّةِ وَاحِدَةٌ وَهُوَ الْكَيْلُ أَوِ الْوَزْنُ مَعَ اتِّفَاقِ الصِّنْفِ.

وَعِلَّةُ النَّسَاءِ فِيهَا اخْتِلَافُ الصِّنْفِ ـ مَا عَدَا النُّحَاسَ وَالذَّهَبَ، فَإِنَّ **الْإِجْمَاعَ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ فِيهَا النَّسَاءُ**.

وَوَافَقَ الشَّافِعِيُّ(٣) مَالِكًا فِي عِلَّةِ مَنْعِ التَّفَاضُلِ وَالنَّسَاءِ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ـ أَعْنِي: أن كَوْنَهُمَا رُءُوسًا لِلْأَثْمَانِ وَقِيَمًا لِلْمُتْلَفَاتِ ـ هُوَ عِنْدَهُمْ عِلَّةُ مَنْعِ النَّسِيئَةِ إِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفُ، فَإِذَا اتَّفَقَا مُنِعَ(٤) التَّفَاضُلُ، وَالْحَنَفِيَّةُ تَعْتَبِرُ فِي الْمَكِيلِ قَدْرًا يَتَأَتَّى فِيهِ الْكَيْلُ.

---

(١) قال الشيرازي: «أما الأعيان الأربعة ففيها قولان: قال في الجديد: العلة فيها أنها مطعومة... وقال في القديم: العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة». «المهذب» (٢/ ٢٨)، وينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٧٩).

(٢) قال القدوري: «فالعلة فيه الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، فإذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلًا بمثل جاز البيع، وإن تفاضلا لم يجز». «مختصر القدوري» (ص٨٧)، وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٣١).

(٣) قال زكريا الأنصاري: «(إنما يحرم) الربا في الذهب والفضة ولو حليًّا وإناء وتبرًا، لا في الفلوس وإن راجت، وإنما حرم فيهما لعلة الثمنية الغالبة ـ التي يعبر عنها أيضًا ـ بجوهرية الأثمان غالبًا وهي منتفية عن الفلوس وغيرها من سائر العروض». «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «مع».

وَسَيَأْتِي أَحْكَامُ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ بِمَا يَخُصُّهَا فِي (كِتَابِ الصَّرْفِ).

وَأَمَّا هَاهُنَا، فَالْمَقْصُودُ هُوَ تَبْيِينُ مَذَاهِبِ الْفُقَهَاءِ فِي عِلَلِ الرِّبَا الْمُطْلَقِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، (وَذِكْرُ عُمْدَةِ دَلِيلِ)(١) كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمْ.

١٩٠٨ فَنَقُولُ: إِنَّ الَّذِينَ قَصَرُوا صِنْفَ الرِّبَا عَلَى هَذِهِ الْأَصْنَافِ السِّتَّةِ فَهُمْ أَحَدُ صِنْفَيْنِ:

إِمَّا قَوْمٌ نَفَوْا الْقِيَاسَ فِي الشَّرْعِ - أَعْنِي: اسْتِنْبَاطَ الْعِلَلِ مِنَ الْأَلْفَاظِ - وَهُمُ الظَّاهِرِيَّةُ(٢).

وَإِمَّا قَوْمٌ نَفَوْا قِيَاسَ الشَّبَهِ.

وَذَلِكَ: أَنَّ جَمِيعَ مَنْ أَلْحَقَ الْمَسْكُوتَ عَنْهُ هَاهُنَا بِالْمَنْطُوقِ بِهِ، فَإِنَّمَا أَلْحَقَهُ بِقِيَاسِ (الشَّبَهِ، لَا بِقِيَاسِ)(٣) الْعِلَّةِ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ(٤) أَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْمَالِيَّةَ، وَقَالَ: عِلَّةُ مَنْعِ الرِّبَا إِنَّمَا هِيَ حِيَاطَةُ الْأَمْوَالِ، يُرِيدُ مَنْعَ الْعَيْنِ. [أ/٣٤١ظ]

وَأَمَّا الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ الْبَاقِلَّانِيُّ: فَلَمَّا كَانَ قِيَاسُ الشَّبَهِ عِنْدَهُ ضَعِيفًا(٥)، وَكَانَ قِيَاسُ الْمَعْنَى عِنْدَهُ أَقْوَى مِنْهُ - اعْتَبَرَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ قِيَاسَ الْمَعْنَى(٦)، إِذْ

---

(١) في (م): «وعمدة».

(٢) ينظر حججهم في إبطال القياس - في كتاب: «الإحكام»، لابن حزم (٧/ ٥٣ - وما بعدها).

(٣) ليس في (أ).

(٤) قال المازري: «واختلفوا في هذه العلة المستنبطة، فنقل بعض النقلة عن ابن الماجشون أنه يقول: العلة: المالية. وأنكر بعضهم هذا النقل والتعليل بكون الشيء مالًا، وأضاف الغلط والوهم لناقله، وأشار إلى الاتفاق». ينظر: «شرح التلقين» (٢/ ٢٦٢)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٦).

(٥) كما في «المسودة»، لابن تيمية (ص٣٧٥)، «التحبير»، للمِرْدَاوي (٧/ ٣٤٢٩).

(٦) يعني به القياس في معنى الأصل: كون المسكوت عنه في معنى المنطوق به في الحكم - كما في «الضروري في الأصول»، لابن رشد (ص١٢٧).

لَمْ يَتَأَتَّ لَهُ قِيَاسُ عِلَّةٍ، فَأَلْحَقَ الزَّبِيبَ فَقَطْ بِهَذِهِ الْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ، لِأَنَّهُ زَعَمَ [م/١٨٦ظ] أَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّمْرِ(١).

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ ـ أَعْنِي: مِنَ الْقَائِسِينَ ـ دَلِيلٌ فِي اسْتِنْبَاطِ الشَّبَهِ الَّذِي اعْتَبَرَهُ فِي إِلْحَاقِ الْمَسْكُوتِ عَنْهُ بِالْمَنْطُوقِ بِهِ مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ(٢): فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِي تَثْبِيتِ عِلَّتِهِمُ الشَّبَهِيَّةِ: إِنَّ الْحُكْمَ إِذَا عُلِّقَ بِاسْمٍ مُشْتَقٍّ، دَلَّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْمَعْنَى الَّذِي اشْتُقَّ مِنْهُ الِاسْمُ هُوَ عِلَّةُ الْحُكْمِ، مِثْلُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فَلَمَّا عَلَّقَ الْحُكْمَ بِالِاسْمِ الْمُشْتَقِّ ـ وَهُوَ السَّارِقُ ـ عُلِمَ أَنَّ الْحُكْمَ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِ السَّرِقَةِ.

قَالُوا: وَإِذَا كَانَ هَذَا هَكَذَا، وَكَانَ قَدْ جَاءَ مِنْ حَدِيثِ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَسْمَعُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «**الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ**»(٣). فَمِنَ الْبَيِّنِ أَنَّ الطعام هُوَ الَّذِي عُلِّقَ بِهِ الْحُكْمُ.

وَأَمَّا الْمَالِكِيَّةُ(٤): فَإِنَّهَا زَادَتْ عَلَى الطُّعْمِ:

إِمَّا صِفَةً [ب/٢٩٧و] وَاحِدَةً ـ وَهُوَ الِادِّخَارُ ـ عَلَى مَا فِي «الْمُوَطَّأِ»(٥).

وَإِمَّا صِفَتَيْنِ ـ وَهُوَ الِادِّخَارُ وَالِاقْتِيَاتُ ـ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْبَغْدَادِيُّونَ. وَتَمَسَّكَتْ فِي اسْتِنْبَاطِ هَذِهِ الْعِلَّةِ، بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ الطُّعْمُ وَحْدَهُ، لَاكْتَفَى بِالتَّنْبِيهِ عَلَى ذَلِكَ بِالنَّصِّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ تِلْكَ الْأَرْبَعَةِ الْأَصْنَافِ الْمَذْكُورَةِ، فَلَمَّا ذَكَرَ مِنْهَا عَدَدًا: عُلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا التَّنْبِيهَ عَلَى مَا فِي مَعْنَاهُ، وَهِيَ كُلُّهَا يَجْمَعُهَا الِاقْتِيَاتُ وَالِادِّخَارُ.

---

(١) ينظر: «تهذيب الفروق» (٣/ ٢٦١)، «شرح زروق على الرسالة» (٢/ ٧٢٨).
(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٨٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢).
(٣) أخرجه مسلم (١٥٩٢).
(٤) ينظر: «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٣٠)، «التاج والإكليل» (٦/ ١٩٧).
(٥) ينظر: «موطأ مالك» (٢/ ٦٣٦).

أَمَّا الْبُرُّ وَالشَّعِيرُ: فَنَبَّهَ بِهِمَا عَلَى أَصْنَافِ الْحُبُوبِ الْمُدَّخَرَةِ.

وَنَبَّهَ بِالتَّمْرِ: عَلَى جَمِيعِ أَنْوَاعِ الْحَلَاوَاتِ الْمُدَّخَرَةِ: كَالسُّكَّرِ، وَالْعَسَلِ، وَالزَّبِيبِ(١).

وَنَبَّهَ بِالْمِلْحِ: عَلَى جَمِيعِ التَّوَابِلِ الْمُدَّخَرَةِ؛ لِإِصْلَاحِ الطَّعَامِ.

وَأَيْضًا - فَإِنَّهُمْ قَالُوا: لَمَّا كَانَ مَعْقُولُ الْمَعْنَى فِي الرِّبَا إِنَّمَا هُوَ أَنْ لَا يَغْبِنَ بَعْضُ النَّاسِ بَعْضًا وَأَنْ تُحْفَظَ أَمْوَالُهُمْ، فَوَاجِبٌ(٢) أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي أُصُولِ الْمَعَايِشِ - وَهِيَ الْأَقْوَاتُ.

وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ(٣): فَعُمْدَتُهُمْ فِي اعْتِبَارِ الْمَكِيلِ والوزن، أَنَّهُ ﷺ لما علَّق التحليل باتفاق الصنف، واتفاق القَدْر، وعلَّق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر، فِي قَوْلِهِ ﷺ [أ/٣٤٢و] لِعَامِلِهِ بِخَيْبَرَ، مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ، وَغَيْرِهِ: «**إِلَّا كَيْلًا بِكَيْلٍ، يَدًا بِيَدٍ**»، وأَنَّ(٤) التَّقْدِيرَ - أَعْنِي: الْكَيْلَ والْوَزْنَ - هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي الْحُكْمِ كَتَأْثِيرِ الصِّنْفِ، وَرُبَّمَا احْتَجُّوا بِأَحَادِيثَ لَيْسَتْ مَشْهُورَةً، فِيهَا تَنْبِيهٌ(٥) قَوِيٌّ(٦) عَلَى اعْتِبَارِ الْكَيْلِ، والْوَزْنِ.

مِنْهُمْ: أَنَّهُمْ رَوَوْا فِي بَعْضِ الْأَحَادِيثِ الْمُتَضَمِّنَةِ الْمُسَمَّيَاتِ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهَا فِي حَدِيثِ عُبَادَةَ زِيَادَةً، وَهِيَ: «**وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ**»(٧)، وَفِي

---

(١) قال في «مناهج التحصيل» (٦/ ١٢٢): «وأما التمر: فإنه وإن كان يقتات به ففيه ضرب من التفكه، والطبع يستحيله على أنه يؤكل على غير الاقتيات، فنص عليه تنبيهًا على سائر أنواع الحلاوات كالزبيب والسكر والعسل». ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٤٥).

(٢) في (م): «فوجب».

(٣) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (١٢/ ١١٣)، «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٣١)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٨٦).

(٤) في المطبوع: «رأوا أن».

(٥) في (أ): «تشبيه».

(٦) في (ب): «قولي».

(٧) أخرجه الحاكم (٢٢٨٢) وقال: «صحيح الإسناد».

بَعْضِهَا: «وَكَذَلِكَ الْمِكْيَالُ وَالْمِيزَانُ»(١)، هَذَا نَصٌّ لَوْ صَحَّتِ الْأَحَادِيثُ.

١٩٠٩ وَلَكِنْ إِذَا تُؤُمِّلَ الْأَمْرُ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى ـ (ظَهَرَ، وَاللهُ أَعْلَمُ، أَنَّ عِلَّتَهُمْ أَوْلَى الْعِلَلِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ)(٢) يَظْهَرُ مِنَ الشَّرْعِ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِتَحْرِيمِ الرِّبَا إِنَّمَا هُوَ لِمَكَانِ الْغَبْنِ الْكَثِيرِ الَّذِي فِيهِ، وَأَنَّ الْعَدْلَ فِي الْمُعَامَلَاتِ إِنَّمَا هُوَ مُقَارَبَةُ التَّسَاوِي، وَلِذَلِكَ لَمَّا عَسُرَ إِدْرَاكُ التَّسَاوِي فِي الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ الذَّوَاتِ جُعِلَ الدِّينَارُ وَالدِّرْهَمُ لِتَقْوِيمِهَا ـ أَعْنِي: تَقْدِيرَهَا.

وَلَمَّا كَانَتِ الْأَشْيَاءُ الْمُخْتَلِفَةُ الذَّوَاتِ ـ أَعْنِي: غَيْرَ الْمَوْزُونَةِ وَالْمَكِيلَةِ ـ الْعَدْلُ فِيهَا إِنَّمَا هُوَ (فِي وُجُودِ النِّسْبَةِ)(٣) ـ أَعْنِي: أَنْ تَكُونَ نِسْبَةُ(٤) قِيمَةِ أَحَدِ الشَّيْئَيْنِ إِلَى جِنْسِهِ نِسْبَةَ قِيمَةِ الشَّيْءِ الْآخَرِ إِلَى جِنْسِهِ.

مِثَالُ ذَلِكَ:

أَنَّ الْعَدْلَ إِذَا بَاعَ إِنْسَانٌ فَرَسًا بِثِيَابٍ هُوَ أَنْ تَكُونَ نِسْبَةُ قِيمَةِ ذَلِكَ الْفَرَسِ إِلَى الْأَفْرَاسِ هِيَ [ب/ ٢٩٧ظ] نِسْبَةُ قِيمَةِ ذَلِكَ الثَّوْبِ إِلَى الثِّيَابِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْفَرَسُ قِيمَتُهُ خَمْسِينَ(٥)، فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الثِّيَابُ قِيمَتُهَا خَمْسُونَ(٦)، فَلْيَكُنْ مَثَلًا الَّذِي يُسَاوِي هَذَا الْقَدْرَ عَدَدُهَا هُوَ عَشَرَةُ أَثْوَابٍ، فَإِذَنِ اخْتِلَافُ هَذِهِ الْمَبِيعَاتِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ فِي الْعَدَدِ وَاجِبَةٌ فِي الْمُعَامَلَةِ الْعَدَالَةُ ـ أَعْنِي: أَنْ يَكُونَ عَدِيلُ فَرَسٍ عَشَرَةَ أَثْوَابٍ فِي الْمِثْلِ.

وَأَمَّا الْأَشْيَاءُ الْمَكِيلَةُ [م/ ١٨٧و] وَالْمَوْزُونَةُ: فَلَمَّا كَانَتْ لَيْسَ تَخْتَلِفُ كُلَّ الِاخْتِلَافِ، وَكَانَتْ مَنَافِعُهَا مُتَقَارِبَةً، وَلَمْ تَكُنْ حَاجَةً ضَرُورِيَّةً لِمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهَا صِنْفٌ أَنْ يَسْتَبْدِلَهُ بِذَلِكَ الصِّنْفِ بِعَيْنِهِ إِلَّا عَلَى جِهَةِ السَّرَفِ؛ كَانَ الْعَدْلُ

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وفي البخاري (٧٣٥٠)، ومسلم (١٥٩٣): (وكذلك الميزان).
(٢) ما بين القوسين ليس في (ب). (٣) في (ب): «نفي وجود النسيئة».
(٤) في (ب): «نسيئة». وكذا في المواضع التالية.
(٥) في (م): «خمسون». (٦) في (أ): «خمسين».

فِي (هَذه ـ إِنَّمَا هُوَ بِوُجُودِ التَّسَاوِي فِي الْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ، إِذْ كَانَتْ لَا تَتَفَاوَتُ فِي الْمَنَافِعِ.

وَأَيْضًا ـ فَإِنَّ مَنْعَ التَّفَاضُلِ فِي هَذِهِ)[1] الْأَشْيَاءِ يُوجِبُ أَنْ لَا[2] يَقَعَ فِيهَا تعليل[3] [أ/٣٤٢ظ] لِكَوْنِ مَنَافِعِهَا غَيْرَ مُخْتَلِفَةٍ، وَالتعامل[4] إِنَّمَا يُضْطَرُّ إِلَيْهِ فِي الْمَنَافِعِ الْمُخْتَلِفَةِ، فَإِذَنْ مَنْعُ التَّفَاضُلِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ـ أَعْنِي الْمَكِيلَةَ، وَالْمَوْزُونَةَ ـ عِلَّتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: وُجُودُ الْعَدْلِ فِيهَا.

وَالثَّانِيَةُ: مَنْعُ الْمُعَامَلَةِ إِذَا كَانَتِ الْمُعَامَلَةُ بِهَا مِنْ بَابِ السَّرَفِ[5].

وَأَمَّا الدنانير وَالدّراهمُ: فَعِلَّةُ الْمَنْعِ فِيهَا أَظْهَرُ؛ إِذْ كَانَتْ هَذِهِ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا الرِّبْحُ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ منها تَقْدِيرُ الْأَشْيَاءِ الَّتِي لَهَا مَنَافِعُ ضَرُورِيَّةٌ.

وَرَوَى مَالِكٌ[6]، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَنَّهُ كَانَ يَعْتَبِرُ فِي عِلَّةِ الرِّبَا فِي هَذِهِ الْأَصْنَافِ كلها الْكَيْلَ وَالطُّعْمَ.

وَهُوَ مَعْنًى جَيِّدٌ، لِكَوْنِ الطُّعْم ضَرُورِيًّا فِي أَقْوَاتِ النَّاسِ، فَإِنَّهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ حِفْظُ الْعَيْنِ وَحِفْظُ الصَّرْفِ[7] فِيمَا هُوَ قُوتٌ أَهَمَّ مِنْهُ فِيمَا لَيْسَ هُوَ قُوتًا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ بَعْضِ التَّابِعِينَ: أَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي الرِّبَا الْأَجْنَاسَ الَّتِي تَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ.

وَعَنْ بَعْضِهِمْ: الِانْتِفَاعَ مُطْلَقًا ـ أَعْنِي: الْمَالِيَّةَ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ[8].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) ليست في (ب).
(٣) في (م): «تعامل».
(٤) في (أ): «التفاضل».
(٥) في (ب): «الصرف».
(٦) «موطأ مالك» (٢/ ٦٣٨)، (٢/ ٦٧٤).
(٧) في (م): «السرف».
(٨) ينظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٢٣).

الْفَصْلُ الثَّانِي

فَيَجِبُ مِنْ هَذَا: أَنْ تَكُونَ عِلَّةُ امْتِنَاعِ النَّسِيئَةِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ، هو الطُّعْمُ عِنْدَ مَالِكٍ(١)، وَالشَّافِعِيِّ(٢).

وَأَمَّا فِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ - مِمَّا لَيْسَ بِمَطْعُومٍ، فَإِنَّ عِلَّةَ مَنْعِ النَّسِيئَةِ فِيهِ - عِنْدَ مَالِكٍ - هُوَ الصِّنْفُ الْوَاحِدُ الْمُتَّفِقُ الْمَنَافِعِ مَعَ التَّفَاضُلِ، وَلَيْسَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ نَسِيئَةٌ فِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(٣) فَعِلَّةُ مَنْعِ النَّسَاءِ عِنْدَهُ هُوَ الْكَيْلُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ، وَفِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ الصِّنْفُ الْوَاحِدُ؛ مُتَفَاضِلًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُتَفَاضِلٍ.

وَقَدْ يَظْهَرُ مِنَ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَمْنَعُ النَّسِيئَةَ فِي هَذِهِ، لِأَنَّهُ عِنْدَهُ مِنْ بَابِ السَّلَفِ الَّذِي يَجُرُّ مَنْفَعَةً.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

وَأَمَّا مَا يَجُوزُ فِيهِ الْأَمْرَانِ جَمِيعًا (أَعْنِي: التَّفَاضُلَ وَالنَّسَاءَ، [ب/٢٩٨و] مما لَمْ يَكُنْ رِبَوِيًّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٤).

وَأَمَّا عِنْدَ مَالِكٍ(٥) فَمَا لَمْ يَكُنْ رِبَوِيًّا وَلَا كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا مُتَفَاضِلًا، أَوْ صِنْفًا وَاحِدًا بِإِطْلَاقٍ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ(٦).

وَمَالِكٍ يُعْتَبَرُ فِي الصِّنْف الواحد الْمُؤَثِّر فِي التَّفَاضُلِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ، وَفِي النَّسَاءِ فِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ اتِّفَاقُ الْمَنَافِعِ وَاخْتِلَافُهَا.

---

(١) ينظر: «التاج والإكليل» (٦/ ١٩٧)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٥).

(٢) ينظر: «منهاج الطالبين» (ص٩٦)، «كفاية الأخيار» (ص٢٤١).

(٣) قال السمرقندي: «وعلة ربا النَّساء هي علة ربا الفضل دون الجنس وهي الطعم أو الثمنية». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٦١).

(٤) ينظر: «الوسيط» (٣/ ٤٩)، «البيان في مذهب الإمام»، للعمراني (٥/ ١٧٠).

(٥) ينظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٥)، «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ٤٧).

(٦) ينظر: «البحر الرائق» (٦/ ١٢٩)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٨٤).

فَإِذَا اخْتَلَفَتْ جَعَلَهَا صِنْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الِاسْمُ وَاحِدًا.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ الِاسْمَ، وَكَذَلِكَ الشَّافِعِيُّ، وَإِنْ كَانَ الشَّافِعِيُّ [أ/٣٤٣و] لَيْسَ الصِّنْفُ عِنْدَهُ مُؤَثِّرًا إِلَّا فِي الرِّبَوِيَّاتِ فَقَطْ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ يَمْنَعُ التَّفَاضُلَ والنَّساء فِيهِ، وَلَيْسَ هُوَ عِنْدَهُ عِلَّةً لِلنَّسَاءِ أَصْلًا في غير هذا.

فَهَذَا هُوَ تَحْصِيلُ مَذَاهِبِ هَؤُلَاءِ الْفُقَهَاءِ الثَّلَاثَةِ فِي هَذِهِ الْفُصُولِ الثَّلَاثِةِ.

١٩١٠ (فَأَمَّا[١] الْأَشْيَاءُ الَّتِي لَا تَجُوزُ فِيهَا النَّسِيئَةُ، فَإِنَّهَا قِسْمَانِ:

مِنْهَا: مَا لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ - وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا.

وَمِنْهَا: مَا يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ.

١٩١١ فَأَمَّا الْأَشْيَاءُ الَّتِي لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ:

فَعِلَّةُ امْتِنَاعِ النَّسِيئَةِ فِيهَا هُوَ الطُّعْمُ [عن مَالِكٍ[٢].

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٣] الطُّعْمُ فَقَطْ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[٤] الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ.

فَإِذَا اقْتَرَنَ بِالطُّعْمِ][٥] اقْتِرَانَ[٦] الصِّنْفِ حُرِّمَ التَّفَاضُلُ)[٧] عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَإِذَا اقْتَرَنَ وَصْفٌ ثَالِثٌ وَهُوَ الِادِّخَارُ حُرِّمَ التَّفَاضُلُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفُ جَازَ التَّفَاضُلُ وَحُرِّمَتِ النَّسِيئَةُ.

وَأَمَّا الْأَشْيَاءُ الَّتِي لَيْسَ يُحَرَّمُ التَّفَاضُلُ فِيهَا - عِنْدَ مَالِكٍ فَإِنَّهَا صِنْفَانِ: إِمَّا مَطْعُومَةٌ، وَإِمَّا غَيْرُ مَطْعُومَةٍ.

---

(١) من هنا يبدأ خرم في (م).

(٢) ينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٩٦)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٥/ ٥٦).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٢).

(٤) ينظر: «مختصر القدوري» (ص٦٧)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٦١).

(٥) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).

(٦) كذا في النسخ، وفي المطبوع: «اتفاق».

(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

فَأَمَّا الْمَطْعُومَةُ: فَالنَّسَاءُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ فِيهَا، وَعِلَّةُ الْمَنْعِ الطُّعْمُ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَطْعُومَةِ: فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِيهَا النَّسَاءُ عِنْدَهُ فِيمَا اتَّفَقَتْ مَنَافِعُهُ مَعَ التَّفَاضُلِ، فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ شَاةٌ وَاحِدَةٌ بِشَاتَيْنِ إِلَى أَجَلٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ إِحْدَاهُمَا حَلُوبَةً وَالْأُخْرَى أَكُولَةً، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ؛ وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الْمَنَافِعِ دُونَ التَّفَاضُلِ، فَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ شَاةٌ حَلُوبَةٌ بِشَاةٍ حَلُوبَةٍ إِلَى أَجَلٍ. فَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْمَنَافِعُ فَالتَّفَاضُلُ وَالنَّسِيئَةُ عِنْدَهُ جَائِزَانِ، إِنْ كَانَ الصِّنْفُ وَاحِدًا؛ وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الْأَسْمَاءِ مَعَ اتِّفَاقِ الْمَنَافِعِ، وَالْأَشْهَرُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ؛ وَقَدْ قِيلَ: يُعْتَبَرُ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَالْمُعْتَبَرُ عِنْدَهُ فِي مَنْعِ النَّسَاءِ مَا عَدَا الَّتِي لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ فِيهَا التَّفَاضُلُ هُوَ اتِّفَاقُ الصِّنْفِ اتَّفَقَتِ الْمَنَافِعُ، أَوِ اخْتَلَفَتْ، فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ شَاةٌ بِشَاةٍ وَلَا بِشَاتَيْنِ نَسِيئَةً وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهَا. وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَكُلُّ مَا لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ عِنْدَهُ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ يَجُوزُ فِيهِ النَّسَاءُ، فَيُجِيزُ شَاةً بِشَاتَيْنِ نَسِيئَةً وَنَقْدًا، وَكَذَلِكَ شَاةٌ بِشَاةٍ.

وَدَلِيلُ الشَّافِعِيِّ:

حَدِيثُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قَلَائِصِ الصَّدَقَةِ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلَى الصَّدَقَةِ»[(١)]، قَالُوا: فَهَذَا التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مَعَ النَّسَاءِ.

وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ:

فَاحْتَجَّتْ بِحَدِيثِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ»[(٢)].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٧)، وقال الحافظ ابن حجر: «وفي إسناده اختلاف، لكن أخرج البيهقي من وجهٍ آخر قوي ـ عن عبد الله بن عمرو، نحوه». «الدراية» (٢/ ١٥٩).

(٢) أبو داود (٣٣٥٦)، والترمذي (١٢٣٧)، وقال: (حديث حسن صحيح)، وابن ماجه (٢٢٧٠).

قَالُوا: وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَأْثِيرِ الْجِنْسِ عَلَى الِانْفِرَادِ فِي النَّسِيئَةِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ:

فَعُمْدَتُهُ فِي مُرَاعَاةِ مَنْعِ النَّسَاءِ عِنْدَ اتِّفَاقِ الْأَغْرَاضِ؛ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ، وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ سَلَفٍ يَجُرُّ نَفْعًا وَهُوَ مُحَرَّمٌ. وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ.

وَقِيلَ عَنِ الْكُوفِيِّينَ:

إِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً اخْتَلَفَ الْجِنْسُ أَوِ اتَّفَقَ، عَلَى ظَاهِرِ حَدِيثِ سَمُرَةَ.

فَكَأَنَّ الشَّافِعِيَّ [م/١٧٨ظ] ذَهَبَ مَذْهَبَ التَّرْجِيحِ لِحَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ.

وَالْحَنَفِيَّةَ لِحَدِيثِ سَمُرَةَ مَعَ التَّأْوِيلِ لَهُ، لِأَنَّ ظَاهِرَهُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ الْحَيَوَانُ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً اتَّفَقَ الْجِنْسُ أَوِ اخْتَلَفَ.

وَكَأَنَّ مَالِكًا ذَهَبَ مَذْهَبَ الْجَمْعِ، (فَحَمَلَ حَدِيثَ)[١] سَمُرَةَ عَلَى اتِّفَاقِ الْأَغْرَاضِ، وَحَدِيثَ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ عَلَى اخْتِلَافِهَا. [ب/٢٩٨ظ]

وَسَمَاعُ الْحَسَنِ مِنْ سَمُرَةَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ.

وَلَكِنْ صَحَّحَهُ التِّرْمِذِيُّ.

وَيَشْهَدُ لِمَالِكٍ[٢]، مَا رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ، عَنْ جَابِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الْحَيَوَانُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ، لَا يَصْلُحُ لِلنَّسَاءِ، وَلَا بَأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ**»[٣].

وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: ثَبَتَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ اشْتَرَى عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ، وَاشْتَرَى جَارِيَةً بِسَبْعَةِ أَرْؤُسٍ»[٤].

---

(١) في (م): «بحديث». (٢) في (م): «لذلك».

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٣٨). وقال: (هذا حديث حسن).

(٤) أخرجه مسلم (١٦٠٢) عن جابر.

وَعَلَى هَذَا الْحَدِيثِ يُشْبِهُ أن يَكُون [أ/٣٤٣ظ] بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ أَصْلًا بِنَفْسِهِ، لَا مِنْ قِبَلِ سَدِّ الذَّرِيعَةِ.

١٩١٢ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ نَسَاءً، هَلْ مِنْ شَرْطِهِ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ فِي سَائِرِ الرِّبَوِيَّاتِ، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ فِي اشْتِرَاطِ ذَلِكَ فِي الْمُصَارَفَةِ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

«ولَا تَبِيعُوا)(١) مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ»(٢).

فَمَنْ شَرَطَ فِيهَا التَّقَابُضَ فِي الْمَجْلِسِ ـ شَبَّهَهَا بِالصَّرْفِ.

وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ ـ قَالَ: إِنَّ الْقَبْضَ قَبْلَ التَّفَرُّقِ لَيْسَ شَرْطًا فِي الْبُيُوعِ؛ إِلَّا مَا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ.

وَلَمَّا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الصَّرْفِ فَقَطْ بَقِيَتْ سَائِرُ الرِّبَوِيَّاتِ عَلَى الْأَصْلِ.

الْفَصْلُ الرَّابِعُ

١٩١٣ وَاخْتَلَفُوا فِي هَذَا الْبَابِ فِيمَا يُعَدُّ صِنْفًا وَاحِدًا، وَهُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي التَّفَاضُلِ مِمَّا لَا يُعَدُّ صِنْفًا وَاحِدًا فِي مَسَائِلَ كَثِيرَةٍ، لَكِنْ نَذْكُرُ مِنْهَا أَشْهَرَهَا.

١٩١٤ وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي صِفَاتِ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ الْمُؤَثِّرِ فِي التَّفَاضُلِ: هَلْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ بِالْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ، وَلَا بِالْيُبْسِ وَالرُّطُوبَةِ؟

١٩١٥ فَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِيمَا يُعَدُّ صِنْفًا وَاحِدًا مِمَّا ليس صِنْفًا وَاحِدًا، فَمِنْ ذَلِكَ الْقَمْحُ وَالشَّعِيرُ:

صَارَ قَوْمٌ إِلَى أَنَّهُمَا صِنْفٌ وَاحِدٌ.

وَصَارَ آخَرُونَ إِلَى أَنَّهُمَا صِنْفَانِ.

---

(١) في (أ): «وتبيعوا».

(٢) أخرجه البخاري (٢١٧٧)، ومسلم (١٥٨٤).

فَبِالْأَوَّلِ: قَالَ مَالِكٌ(١)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٢)، وَحَكَاهُ مَالِكٌ فِي «الْمُوَطَّأِ» عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ(٣).

وَبِالثَّانِي: قَالَ الشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٥).

وَعُمْدَتُهُمَا: السَّمَاعُ، وَالْقِيَاسُ.

أَمَّا السَّمَاعُ:

فَقَوْلُهُ ﷺ: **«لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ؛ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»**(٦)، فَجَعَلَهُمَا صِنْفَيْنِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ فِي بَعْضِ طُرُقِ حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ: **«وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ، كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ»**(٧). [ب/٢٩٩و]

ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(٨)، وَوَكِيعٌ، عَنِ الثَّوْرِيِّ(٩).

وَصَحَّحَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ التِّرْمِذِيُّ(١٠).

وَأَمَّا الْقِيَاسُ:

فَلِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ اخْتَلَفَتْ أَسْمَاؤُهُمَا وَمَنَافِعُهُمَا، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَا صِنْفَيْنِ، أَصْلُهُ: الْفِضَّةُ وَالذَّهَبُ، وَسَائِرُ الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي الِاسْمِ وَالْمَنْفَعَةِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَالِكٍ: فَإِنَّهُ عَمَلُ سَلَفِهِ بِالْمَدِينَةِ.

وَأَمَّا أَصْحَابُهُ: فَاعْتَمَدُوا فِي ذَلِكَ أَيْضًا السَّمَاعَ وَالْقِيَاسَ.

---

(١) ينظر: «الرسالة»، للقيرواني (ص١٠٣)، «التاج والإكليل» (٢/ ٢٨٢).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٩١).

(٣) ينظر: «موطأ مالك» (٢/ ٣٨٨).

(٤) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» (٤/ ٧١)، «كفاية الأخيار» (ص٢٣٩).

(٥) ينظر: «فتح القدير»، لابن الهمام (٧/ ١٢).

(٦) أخرجه مسلم (١٥٨٧).

(٧) أخرجه البخاري (٢١٧٥).

(٨) «مصنف عبد الرزاق»: (٨/ ٣٤).

(٩) في (م): «أحدهما».

(١٠) الترمذي (١٢٤٠).

أَمَّا السَّمَاعُ:

فَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ**»(١).

فَقَالُوا: اسْمُ الطَّعَامِ يَتَنَاوَلُ الْبُرَّ وَالشَّعِيرَ.

١٩١٦ **وَهَذَا ضَعِيفٌ**، فَإِنَّ هَذَا عَامٌّ تفَسِّرُهُ الْأَحَادِيثُ الصَّحِيحَةُ.

وَأَمَّا [أ/ ٣٤٤و] مِنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ: فَإِنَّهُمْ عَدَّدُوا كَثِيرًا مِنَ اتِّفَاقِهِمَا فِي الْمَنَافِعِ، وَالْمُتَّفِقَةُ الْمَنَافِعِ لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهَا بِاتِّفَاقٍ، وَالسُّلْتُ ـ عِنْدَ مَالِكٍ(٢) ـ وَالشَّعِيرُ صِنْفٌ وَاحِدٌ.

(وَأَمَّا الْقُطْنِيَّةُ:

فَإِنَّهَا عِنْدَهُ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِي الزَّكَاةِ، وَعَنْهُ فِي الْبُيُوعِ رِوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ)(٣)، وَالْأُخْرَى أَنَّهَا أَصْنَافٌ(٤).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

تَعَارُضُ اتِّفَاقِ الْمَنَافِعِ فِيهَا وَاخْتِلَافُهَا.

فَمَنْ غَلَّبَ الِاتِّفَاقَ قَالَ: صِنْفٌ وَاحِدٌ.

وَمَنْ غَلَّبَ الِاخْتِلَافَ قَالَ: صِنْفَانِ أَوْ أَصْنَافٌ، وَالْأُرْزُ، وَالدُّخْنُ، وَالْجَاورسُ(٥) عِنْدَهُ (أَصْنَافٌ مُخْتَلِفَةٌ.

وَعَنِ ابْنِ وَهْبٍ: إِنَّ جَمْعَهَا مَعَ الْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ وَالسُّلْتِ وَالذُّرَةِ ـ فَهِيَ)(٦) صِنْفٌ وَاحِدٌ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ينظر: «التلقين» (ص٣٦٥)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٩).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٤) ينظر: «الرسالة»، للقيرواني (ص١٠٣)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٩)، «الفواكه الدواني» (١/ ٣٢٨).

(٥) كذا في (ب)، وفي باقي النسخ: «الجاروس».

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

مَسْأَلَةٌ:

١٩١٧ وَاخْتَلَفُوا [م/١٨٨و] مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ اللَّحْمِ الَّذِي لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ:

فَقَالَ مَالِكٌ: اللُّحُومُ ثَلَاثَةُ أَصْنَافٍ:

فَلَحْمُ ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ صِنْفٌ، وَلَحْمُ ذَوَاتِ الْمَاءِ صِنْفٌ، وَلَحْمُ الطَّيْرِ كُلُّهُ صِنْفٌ وَاحِدٌ أَيْضًا، وَهَذِهِ الثَّلَاثَةُ الْأَصْنَافُ مُخْتَلِفَةٌ يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ(١).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ هُوَ أَنْوَاعٌ كَثِيرَةٌ، وَالتَّفَاضُلُ فِيهِ جَائِزٌ إِلَّا فِي النَّوْعِ الْوَاحِدِ بِعَيْنِهِ.

وَلِلشَّافِعِيِّ(٣) قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَالْآخَرُ: أَنَّ جَمِيعَهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ.

فَأَبُو حَنِيفَةَ يُجِيزُ لَحْمَ الْغَنَمِ بِالْبَقَرِ مُتَفَاضِلًا.

وَمَالِكٌ: لَا يُجِيزُهُ.

وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُجِيزُ بَيْعَ لَحْمِ الطَّيْرِ بالْغَنَمِ مُتَفَاضِلًا.

وَمَالِكٌ يُجِيزُهُ.

---

(١) ينظر: «التلقين» (ص٣٦٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٢٩).

(٢) «مختصر القدوري» (ص٦٨)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٦٥).

(٣) قال الماوردي: «اختلف قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في اللحمان، هل هي صنف واحد أو صنفان؟ على قولين منصوصين:
أحدهما: وهو قوله في القديم: إن اللحم كله صنف واحد... **والقول الثاني**: وهو المنصوص عليه في الجديد: أن اللحمان أصناف وأجناس». «الحاوي الكبير» (٥/ ١٥٤). وينظر: «بحر المذهب» (٤/ ٤٦٤).
وعند الحنابلة: اللحم كله جنس واحد. ينظر: «المغني» (٤/ ٢٣)، «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ١٧).

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ[١] [ب/٢٩٩ظ]: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ**»[٢].

وَلِأَنَّهَا إِذَا فَارَقَتْهَا الْحَيَاةُ زَالَتِ الصِّفَاتُ الَّتِي كَانَتْ بِهَا تَخْتَلِفُ، وَتَنَاوَلَهَا اسْمُ اللَّحْمِ تَنَاوُلًا وَاحِدًا.

(وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ: أَنَّ هَذِهِ أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَحْمُهَا مُخْتَلِفًا)[٣].

وَالْحَنَفِيَّةُ تَعْتَبِرُ الِاخْتِلَافَ الَّذِي فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْ هَذِهِ.

وَتَقُولُ: إِنَّ الِاخْتِلَافَ الَّذِي بَيْنَ الْأَنْوَاعِ الَّتِي فِي الْحَيَوَانِ؛ أَعْنِي: فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ، كَأَنَّكَ قُلْتَ: الطَّائِرُ هُوَ وِزَانُ الِاخْتِلَافِ الَّذِي بَيْنَ التَّمْرِ وَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ.

١٩١٨ **وَبِالْجُمْلَةِ**، فَكُلُّ طَائِفَةٍ تَدَّعِي أَنَّ وِزَانَ الِاخْتِلَافِ الَّذِي بَيْنَ الْأَشْيَاءِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا هُوَ الِاخْتِلَافُ الَّذِي تَرَاهُ فِي اللَّحْمِ.

وَالْحَنَفِيَّةُ أَقْوَى مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى، لِأَنَّ تَحْرِيمَ التَّفَاضُلِ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ اتِّفَاقِ الْمَنْفَعَةِ.

مَسْأَلَةٌ:

١٩١٩ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي بَيْعِ الْحَيَوَانِ الحي بِالْمَيِّتِ عَلَى **ثَلَاثَةِ** [أ/٣٤٤ظ] **أَقْوَالٍ**:

(أ) **قَوْلٌ** إِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِإِطْلَاقٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[٤]، وَاللَّيْثِ[٥].

(ب) **وَقَوْلٌ** إِنَّهُ يَجُوزُ فِي الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا التَّفَاضُلُ،

---

(١) في (م): «الشافعية». (٢) تقدم تخريجه.
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) ينظر: «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٩٠)، «النجم الوهاج» (٤/ ٧٥).
(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٦).

(وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْمُتَّفِقَةِ؛ أَعْنِي: الرِّبَوِيَّةَ، لِمَكَانِ الْجَهْلِ الَّذِي فِيهَا مِنْ طَرِيقِ التَّفَاضُلِ)[١].

وَذَلِكَ فِي الَّتِي الْمَقْصُودِ مِنْهَا الْأَكْلُ.

وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[٢]، فَلَا يجيزُ شَاة مَذْبُوحَة بِشَاةٍ حية تُرَادُ لِلْأَكْلِ، وَهذا عِنْدَهُ فِي الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ، حَتَّى أَنَّهُ لَا يُجِيزُ الْحَيَّ بِالْحَيِّ إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ الْأَكْلَ مِنْ أَحَدِهِمَا، فَهِيَ عِندهُ مِنْ هَذَا الْبَابِ؛ أَعْنِي: أَنَّ امْتِنَاعَ ذَلِكَ عِنْدَهُ مِنْ جِهَةِ الرِّبَا، وَالْمُزَابَنَةِ.

(ج) **وَقَوْلٌ ثَالِثٌ**: إِنَّهُ يَجُوزُ مُطْلَقًا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ الْأُصُولِ فِي هَذَا الْبَابِ لِمُرْسَلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَالِكًا رَوَى عَنْ (زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ)[٤] اللحم بِاللَّحْمِ»[٥].

فَمَنْ لَمْ تَنْقَدِحْ عِنْدَهُ مُعَارَضَةُ هَذَا الْحَدِيثِ لِأَصْلٍ مِنْ أُصُولِ الْبُيُوعِ الَّتِي تُوجِبُ التَّحْرِيمَ قَالَ بِهِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ الْأُصُولَ مُعَارِضَةٌ [ب/ ٣٠٠و] لَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يُغَلِّبَ الْحَدِيثَ فَيَجْعَلَهُ أَصْلًا زَائِدًا بِنَفْسِهِ، أَوْ يَرُدَّهُ لِمَكَانِ مُعَارَضَةِ الْأُصُولِ لَهُ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٠)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٧٩).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي»، للجصّاص (٣/ ٣٤)، «المبسوط»، للسرخسي (١٢/ ١٨٩)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٩٢).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) الموطأ (٥٦٧) عن زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيب؛ أن رسول الله ﷺ، نهى عن بيع الحيوان، باللحم.

فَالشَّافِعِيُّ: غَلَّبَ الْحَدِيثَ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ: غَلَّبَ الْأُصُولَ.

وَمَالِكٌ: رَدَّهُ إِلَى أُصُولِهِ فِي الْبُيُوعِ، فَجَعَلَ الْبَيْعَ فِيهِ مِنْ بَابِ الرِّبَا؛ أَعْنِي: بَيعَ الشَّيْءِ الرِّبَوِيِّ بِأَصْلِهِ، مِثْلَ بَيْعِ الزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ.

وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الأَصْلِ، فَإِنَّهُ الَّذِي يُعَرِّفُهُ الْفُقَهَاءُ بِـ (الْمُزَابَنَةِ)، وَهِيَ دَاخِلَةٌ فِي الرِّبَا بِجِهَةٍ، وَفِي الْغَرَرِ بِجِهَةٍ.

وَذَلِكَ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ فِي الرِّبَوِيَّاتِ مِنْ جِهَةِ الرِّبَا وَالْغَرَرِ.

وَفِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ مِنْ جِهَةِ الْغَرَرِ فَقَطْ، الَّذِي سَبَّبَهُ الْجَهْلُ بِالْخَارِجِ من الْأَصْلِ.

١٩٢٠ مَسْأَلَةٌ:

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِ الدَّقِيقِ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ:

فَالْأَشْهَرُ عَنْ مَالِكٍ(١) جَوَازُهُ.

وَهُوَ قَوْلُه فِي «مُوَطَّئِهِ»(٢).

[م/١٨٨ظ] وَرُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٣)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٤)، وَابْنِ الْمَاجِشُونِ(٥) مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

---

(١) قال ابن عبد البر: «قال مالك: والدقيق بالحنطة مثلًا بمثل لا بأس به، وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلًا بمثل». «الاستذكار» (٦/ ٤٠٠).

(٢) ينظر: «موطأ مالك» (١/ ٩٤).

(٣) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٩)، «نهاية المحتاج» (٣/ ٤٣٦).

(٤) قال القدوري: «ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق». «مختصر القدوري» (ص٦٨). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٦٣).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٠٠).
ومذهب الحنابلة المنع موافقة للجمهور. ينظر: «المبدع» (٤/ ١٢٦)، «الإقناع»، للحجاوي (٢/ ١١٦).

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ[(١)]: لَيْسَ هُوَ اخْتِلَافًا مِنْ قَوْلِهِ:

وَإِنَّمَا رِوَايَةُ الْمَنْعِ: إِذَا كَانَ اعْتِبَارُ الْمماثلة بِالْكَيْلِ، لِأَنَّ الطَّعَامَ إِذَا صَارَ دَقِيقًا اخْتَلَفَ كَيْلُهُ.

وَرِوَايَةُ الْجَوَازِ إِذَا كَانَ الِاعْتِبَارُ بِالْوَزْنِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]: فَالْمَنْعُ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ أَنَّ أَحَدَهُمَا مَكِيلٌ، وَالْآخَرُ مَوْزُونٌ.

وَمَالِكٌ يَعْتَبِرُ الْكَيْلَ أَوِ الْوَزْنَ فِيمَا جَرَتِ الْعَادَةُ أَنْ يُكَالَ أَوْ يُوزَنَ، (وَالْعَدَدُ فِيمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ)[(٣)].

١٩٢١ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِيمَا تَدْخُلُهُ [أ/٣٤٥و] الصَّنْعَةُ، مِمَّا أَصْلُهُ مَنْعُ الرِّبَا فِيهِ مِثْلُ الْخُبْزِ بِالْخُبْزِ[(٤)]:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ ذَلِكَ مُتَفَاضِلًا أَوَ مُتَمَاثِلًا، لِأَنَّهُ قَدْ خَرَجَ بِالصَّنْعَةِ عَنِ الْجِنْسِ الَّذِي فِيهِ الرِّبَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٦)]: لَا يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا فَضْلًا عَنْ مُتَفَاضِلٍ، لِأَنَّهُ قَدْ غَيَّرَتْهُ الصَّنْعَةُ تَغَيُّرًا جُهِلَتْ بِهِ مَقَادِيرُهُ الَّتِي تُعْتَبَرُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ.

وَأَمَّا مَالِكٌ[(٧)]: فَالْأَشْهَرُ فِي الْخُبْزِ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا.

---

(١) كذا ذكر القاضي عبد الوهاب في «الإشراف» (٢/ ٥٣٤).

(٢) ينظر: «البناية شرح الهداية» (٨/ ٢٨٢)، «فتح القدير»، لابن الهمام (٧/ ٢٣).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ). (٤) من (م).

(٥) ينظر: «الفتاوى الخانية» (٢/ ١٤٠)، «البناية شرح الهداية» (٨/ ٢٩٧).

(٦) ينظر: «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع» (٢/ ٢٧٩)، «حاشية البجيرمي» (٣/ ٢١).

(٧) قال ابن شاس: «بيع الخبز بالخبز، ورطوبتهما مختلفة. وقد أجازوه تحريًا.
واختلف في الذي يتحرَّى فيه:
فرواية المتقدمين: تحرِّي دقيقه. وقال بعض المتأخرين: إنما يتحرَّى الدقيق، إذا كان الخبزان مما لا يجوز فيه التفاضل، فأما إن كان مما يجوز التفاضل بينهما كالقمح والذرة مثلًا، فلا يلتفت إلى الدقيق، ولكن تحرى الرطوبة في الخبز». «عقد الجواهر =

وَقَدْ قِيلَ فِيهِ: إِنَّهُ يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ وَالتَّسَاوِي.

وَأَمَّا الْعَجِينُ [ب/ ٣٠٠ظ] بِالْعَجِينِ: فَجَائِزٌ عِنْدَهُ مَعَ الْمُمَاثَلَةِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ الصَّنْعَةُ تَنْقُلُهُ مِنْ جِنْسِ الرِّبَوِيَّاتِ، أَوْ لَيْسَ تَنْقُلُهُ؟ وَإِنْ لَمْ تَنْقُلْهُ فَهَلْ تُمْكِنُ الْمُمَاثَلَةُ فِيهِ أَوْ لَا تُمْكِنُ؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تَنْقُلُهُ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَنْقُلُهُ.

١٩٢٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي إِمْكَانِ الْمُمَاثَلَةِ فِيهِمَا:

فَكَانَ مَالِكٌ يُجِيزُ اعْتِبَارَ الْمُمَاثَلَةِ فِي الْخُبْزِ، وَاللَّحْمِ بِالتَّقْدِيرِ، وَالْحَزْرِ فَضْلًا عَنِ الْوَزْنِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الرِّبَوِيَّيْنِ لَمْ تَدْخُلْهُ صَنْعَةٌ وَالْآخَرُ قَدْ دَخَلَتْهُ الصَّنْعَةُ:

فَإِنَّ مَالِكًا[١] يَرَى فِي كَثِيرٍ مِنْهَا أَنَّ الصَّنْعَةَ تَنْقُلُهُ مِنَ الْجِنْسِ؛ أَعْنِي: مِنْ أَنْ يَكُونَ جِنْسًا وَاحِدًا فَيُجِيزُ فِيهِمَا التَّفَاضُلَ.

وَفِي بَعْضِهَا: لَيْسَ يُرَى ذَلِكَ.

وَتَفْصِيلُ مَذْهَبِهِ فِي ذَلِكَ عَسِيرُ الِانْفِصَالِ، فَاللَّحْمُ الْمَشْوِيُّ عنده وَالْمَطْبُوخُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَالْحِنْطَةُ الْمَقْلُوَّةُ عِنْدَهُ وَغَيْرُ الْمَقْلُوَّةِ جِنْسَانِ، وَقَدْ رَامَ أَصْحَابُهُ التَّفْصِيلَ فِي ذَلِكَ.

وَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ: أَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ قَانُونٌ مِنْ قَوْلِهِ ينْحَصِر فِيهِ أَقْوَالُهُ فِيهَا.

وَقَدْ رَامَ حَصْرَهَا الْبَاجِيُّ فِي «الْمُنْتَقَى»[٢].

= الثمينة» (٢/ ٦٦٠)، وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٦٠).

(١) قال ابن الحاجب: «والصنعة متى كثرت، أو طال الزمان نقلت، على الأصح». «جامع الأمهات» (ص٣٤٦). وينظر: «التوضيح في شرح ابن الحاجب» (٥/ ٣٢٥)، «منح الجليل» (٧/ ٩٩).

(٢) وجعل فيه الصناعات على ضربين: صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله، والثاني =

وَكَذَلِكَ أَيْضًا يَعْسُرُ حَصْرُ الْمَنَافِعِ الَّتِي تُوجِبُ عِنْدَهُ الِاتِّفَاقَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَجْنَاسِ الَّتِي (يَقَعُ بِهَا)[1] التَّعَامُلُ، وَتَمْيِيزُهَا مِنَ الَّتِي لَا تُوجِبُ ذَلِكَ أَعْنِي: فِي الْحَيَوَانِ، وَالْعُرُوضِ، وَالنَّبَاتِ.

وَسَبَبُ الْعُسْرِ:

أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا سُئِلَ عَنْ أَشْيَاءَ مُتَشَابِهَةٍ فِي أَوْقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ قَانُونٌ يَعْمَلُ عَلَيْهِ فِي تَمْيِيزِهَا، إِلَّا مَا يُعْطِيهِ بَادِئُ النَّظَرِ فِي الْحَالِ جَاوَبَ فِيهَا بِجَوَابَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ، فَإِذَا جَاءَ مِنْ بَعْدِهِ آخر فَرَامَ أَنْ يُجْرِيَ تِلْكَ الْأَجْوِبَةَ عَلَى [أ/ ٣٤٥ظ] قَانُونٍ وَاحِدٍ وَأَصْلٍ وَاحِدٍ عَسُرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَأَنْتَ تَتَبَيَّنُ ذَلِكَ مِنْ كُتُبِهِمْ، فَهَذِهِ هِيَ أُمَّهَاتُ هَذَا الْبَابِ.

فَصْلٌ

١٩٢٣ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِ الرِّبَوِيِّ الرَّطْبِ بِجِنْسِهِ مِنَ الْيَابِسِ مَعَ وُجُودِ التَّمَاثُلِ فِي الْقَدْرِ وَالتَّنَاجُزِ:

فَإِنَّ السَّبَبَ فِي ذَلِكَ: مَا رَوَى مَالِكٌ[2]، عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّهُ قَالَ: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يُسْأَلُ عَنْ شِرَاءِ التَّمْرِ بِالرُّطَبِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ [ب/ ٣٠١و]: «**أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ. فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ**».

فَأَخَذَ بِهِ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ، وَقَالَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ التَّمْرِ بِالرُّطَبِ عَلَى حَالٍ مَالِكٌ[3]، وَالشَّافِعِيُّ[4]، وَغَيْرُهُمَا.

= صناعة تجمع بينه، وبين ما ليس من أصله، ثم فصَّلها. «المنتقى شرح الموطأ» (٥/ ٤).

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ينفع فيها».

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٥٥٢)، والترمذي (١٢٢٥). وقال: (حديث حسن صحيح).

(٣) ينظر: «الرسالة»، للقيرواني (ص١٠٦)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٥٧)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٩٥).

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» (٣/ ٢٤٤)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٥).

=

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ صَاحِبَاهُ: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ، وَأَبُو يُوسُفَ(١).

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ(٢).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ (ظَاهِرِ حَدِيثِ عُبَادَةَ وَغَيْرِهِ لَهُ، وَاخْتِلَافُهُمْ فِي تَصْحِيحِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ حَدِيثَ عُبَادَةَ)(٣) اشْتَرَطَ فِي الْجَوَازِ فَقَطِ الْمُمَاثَلَةَ، وَالْمُسَاوَاةَ، وَهَذَا يَقْتَضِي بِظَاهِرِهِ حَالَ الْعَقْدِ لَا حَالَ الْمَآلِ.

فَمَنْ [م/١٨٩و] غَلَّبَ ظَاهِرَ أَحَادِيثِ(٤) الرِّبَوِية رَدَّ هَذَا الْحَدِيثَ.

وَمَنْ جَعَلَ هَذَا الْحَدِيثَ أَصْلًا بِنَفْسِهِ، قَالَ: هُوَ أَمْرٌ زَائِدٌ وَمُفَسِّرٌ لِأَحَادِيثِ الرِّبَوِيَّاتِ.

وَالْحَدِيثُ أَيْضًا - اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَصْحِيحِهِ، وَلَمْ يُخَرِّجْهُ الشَّيْخَانِ.

قَالَ الطَّحَاوِيُّ(٥): خُولِفَ فِيهِ عَبْدُ اللهِ، فَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ كَثِيرٍ عَنْهُ «أَنَّ

= وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٢٠)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٦١).

(١) قال الكاساني: «وأما بيع الحنطة المبلولة بالمبلولة، أو الندية بالندية، أو الرطبة بالرطبة، أو المبلولة، أو اليابسة باليابسة، وبيع التمر بالرطب، والرطب بالرطب، أو بالتمر، والمنقع بالمنقع، والعنب بالزبيب اليابس، واليابس بالمنقع، والمنقع بالمنقع متساويًا في الكيل فهل يجوز؟

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: كل ذلك جائز. وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: كله جائز إلا بيع التمر بالرطب.

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: كله فاسد إلا بيع الرطب بالرطب، والعنب بالعنب». «بدائع الصنائع» (٥/ ١٨٨). وينظر: «البناية شرح الهداية» (٨/ ٢٨٦).

(٢) ينظر: «شرح مشكل الآثار» (١٥/ ٤٧٥).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) في (م): «الأحاديث».

(٥) ينظر: «شرح مشكل الآثار» (١٥/ ٤٧٤).

رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ نَسِيئَةً». وَقَالَ: إِنَّ الَّذِي يَرْوِي عَنْهُ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ (سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ـ هُوَ مَجْهُولٌ.

لَكِنَّ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ صَارُوا إِلَى الْعَمَلِ بِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي «مُوَطَّئِهِ» بِهِ؛ قِيَاسًا عَلَى تَعْلِيلِ الْحُكْمِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ)[1]. وَكَذَلِكَ كُلُّ رَطْبٍ بِيَابِسٍ مِنْ نَوْعِهِ حَرَامٌ ـ يَعْنِي: مَنْعَ الْمُمَاثَلَةِ ـ كَالْعَجِينِ بِالدَّقِيقِ، وَاللَّحْمِ الْيَابِسِ بِالرَّطْبِ[2].

(وَهُوَ[3] أَحَدُ قِسْمَي [المماثلة عِنْدَ مَالِكٍ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا.

وَالْعَرِيَّةُ عِنْدَهُ مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ هَذَا الْأَصْلِ.

وَكَذَلِكَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[4].

وَ][5] الْمُزَابَنَةُ ـ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[6] الْمَنْهِيُّ عَنْهَا: هوَ بَيْعُ التَّمْرِ عَلَى الْأَرْضِ بِالتَّمْرِ فِي رُءُوسِ النَّخِيلِ؛ لِمَوْضِعِ الْجَهْلِ بِالْمِقْدَارِ الَّذِي بَيْنَهُمَا ـ أَعْنِي: بِوُجُودِ التَّسَاوِي.

وَطَرَدَ الشَّافِعِيُّ[7] هَذِهِ الْعِلَّةَ فِي الشَّيْئَيْنِ الرَّطْبَيْنِ، فَلَمْ يُجِزْ بَيْعَ الرُّطَبِ

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).
(٢) في (م): «الطري».
(٣) من هنا يبدأ خرم في (ب).
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٧).
(٥) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).
(٦) قال القدوري: «وبيع المزابنة، وهو بيع الثمر على رؤوس النخل بخرصه تمرًا». «مختصر القدوري» (ص٦٥). وينظر: «المبسوط»، للسرخسي (١٢/ ١٩٢)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٤٤).
(٧) قال الماوردي: «وهذه العلة موجودة في بيع الرطب بالرطب، كوجودهما في بيع التمر بالرطب.
ولأنه لما كان النقص في بيع الرطب بالتمر من أحد الطرفين مانعًا من البيع كان النقص في بيع الرطب بالرطب من الطرفين معًا أولى أن يكون مانعًا من البيع». «الحاوي الكبير» (٥/ ١٣٤)، وينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٩).

بِالرُّطَبِ)[١]، وَلَا الْعَجِينِ بِالْعَجِينِ مَعَ التَّمَاثُلِ، لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ التَّفَاضُلَ يُوجَدُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ الْجَفَافِ.

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ مَنْ قَالَ [أ/٣٤٦و] بِهَذَا الْحَدِيثِ[٢].

١٩٢٤ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ فِي الْأَصْنَافِ الرِّبَوِيَّةِ، فَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بِأَنْ يُبَاعَ مِنْهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ وَسَطٌ فِي الْجَوْدَةِ بِصِنْفَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَجْوَدُ مِنْ ذَلِكَ الصِّنْفِ، وَالْآخَرُ أَرْدَأُ، مِثْلَ أَنْ يَبِيعَ مُدَّيْنِ مِنْ تَمْرٍ وَسَطٍ بِمُدَّيْنِ مِنْ تَمْرٍ أَحَدُهُمَا أَعْلَى مِنَ ذلك الْوَسَطِ، وَالْآخَرُ أَدْوَنُ مِنْهُ:

فَإِنَّ **مَالِكًا** يَرُدُّ هَذَا، لِأَنَّهُ يَتَّهِمُهُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا قَصَدَ أَنْ يَدْفَعَ مُدَّيْنِ مِنَ الْوَسَطِ فِي مُدٍّ مِنَ الطَّيِّبِ، فَجَعَلَ مَعَهُ الرَّدِيءَ ذَرِيعَةً إِلَى تَحْلِيلِ مَا لَا يَجِبُ مِنْ ذَلِكَ.

وَوَافَقَهُ **الشَّافِعِيُّ**[٣] فِي هَذَا، وَلَكِنَّ التَّحْرِيمَ عِنْدَهُ[٤] لَيْسَ هُوَ، فِيمَا أَحْسَبُ، لِهَذِهِ التُّهْمَةِ، لِأَنَّهُ لَا يُعْمِلُ التُّهَمَ.

وَلَكِنْ (يُشْبِهُ أَنْ يَعْتَبِرَ)[٥] التَّفَاضُلَ [ب/٣٠١ظ] فِي الصِّفَةِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ مَتَى لَمْ تَكُنْ زِيَادَةُ الطَّيِّبِ عَلَى الْوَسَطِ، مِثْلَ نُقْصَانِ الرَّدِيءِ عَنِ الْوَسَطِ، وَإِلَّا فَلَيْسَ هُنَاكَ مُسَاوَاةٌ فِي الصِّفَةِ.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي جَوَازِ بَيْعِ صِنْفٍ مِنَ الرِّبَوِيَّاتِ بِصِنْفٍ مِثْلِهِ

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الباب».

(٣) قال النووي: «ولو كان الجيد مخلوطًا بالرديء، فباع صاعًا منه بمثله، أو بجيد، أو برديء، جاز؛ لأن التوزيع إنما يكون عند تميز أحد النوعين عن الآخر.
أما إذا لم يتميز، فهو كما لو باع صاعًا وسطًا بجيد، أو رديء، فيجوز». «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٧)، وينظر: «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٨٧).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في هذا».

(٥) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

وَعَرَضٍ(١)، أَوْ دَنَانِيرَ، أَوْ دَرَاهِمَ إِذَا كَانَ الصِّنْفُ الَّذِي يُجْعَلُ مَعَهُ الْعَرَضُ أَقَلَّ مِنَ الصِّنْفِ الْمُفْرَدِ، أَوْ يَكُونُ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَرَضٌ وَالصِّنْفَانِ مُخْتَلِفَانِ فِي الْقَدْرِ:

فَالْأَوَّلُ: مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ كَيْلَيْنِ (مِنَ التَّمْرِ)(٢) بِكَيْلٍ مِنَ التَّمْرِ وَدِرْهَمٍ.

وَالثَّانِي: مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ كَيْلَيْنِ مِنَ التَّمْرِ وَثَوْبًا بِثَلَاثَةِ أَكْيَالٍ مِنَ التَّمْرِ وَدِرْهَمٍ؛ فَقَالَ مَالِكٌ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤)، وَاللَّيْثُ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالْكُوفِيُّونَ(٥): ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ مَا يُقَابِلُ الْعَرَضَ مِنَ الْجِنْسِ الرِّبَوِيِّ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُسَاوِيًا لَهُ فِي الْقِيمَةِ أَوْ يَكْفِي فِي ذَلِكَ رِضَا الْبَائِعِ؟

فَمَنْ قَالَ الِاعْتِبَارَ بِمُسَاوَاتِهِ فِي الْقِيمَةِ قَالَ: لَا يَجُوزُ لِمَكَانِ الْجَهْلِ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَرَضُ مُسَاوِيًا لِفَضْلِ أَحَدِ الرِّبَوِيَّيْنِ عَلَى الثَّانِي كَانَ التَّفَاضُلُ ضَرُورَةً.

(مِثَالُ ذَلِكَ:

أَنَّهُ إِنْ بَاعَ كَيْلَيْنِ مِنْ تَمْرٍ بِكَيْلٍ وَثَوْبٍ فَقَدْ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الثَّوْبِ تُسَاوِي الْكَيْلَ، وَإِلَّا وَقَعَ التَّفَاضُلُ ضَرُورَةً)(٦).

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَيَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِأَنْ يَرْضَى بِهِ الْمُتَبَايِعَانِ.

وَمَالِكٌ: يَعْتَبِرُ أَيْضًا فِي هَذَا سَدَّ الذَّرِيعَةِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَعَلَ جَاعِلٌ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى بَيْعِ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مُتَفَاضِلًا.

فَهَذِهِ هي مَشْهُورَاتُ مَسَائِلِهِمْ فِي هَذَا الْجِنْسِ.

---

(١) في (أ): «مع عرض». (٢) بيض مكانها في (م).

(٣) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٠١)، «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ٢٩).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٥).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «المبدع» (٤/ ١٤٥)، «الإنصاف»، للمرداوي (٥/ ٣٣).

(٥) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (١٢/ ١٨٩)، «التنبيه»، لابن أبي العز (٤/ ٤٤٧).

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).

بَابٌ(١) فِي (بُيُوعِ الذَّرَائِعِ الرِّبَوِيَّةِ)(٢)

وَها هُنَا شَيْءٌ يَعْرِضُ لِلْمُتَبَايِعَيْنِ [أ/٣٤٦ظ] إِذَا أَقَالَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ، وَلِلْمُتَبَايِعَيْنِ إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ الشَّيْءَ الَّذِي بَاعَهُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ.

وَهُوَ: أَنْ يُتَصَوَّرَ بَيْنَهُمَا - مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ إِلَى(٣) ذَلِكَ - تَبَايُعٌ رِبَوِيٌّ، مِثْلُ: أَنْ يَبِيعَ إِنْسَانٌ مِنْ إِنْسَانٍ سِلْعَةً بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْدًا، ثُمَّ يَشْتَرِيهَا [م/١٨٩ظ] مِنْهُ بِعِشْرِينَ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا أُضِيفَتِ الْبَيْعَةُ الثَّانِيَةُ إِلَى الْأُولَى اسْتَقَرَّ الْأَمْرُ عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا دَفَعَ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فِي عِشْرِينَ إِلَى أَجَلٍ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي يُعْرَفُ بِبُيُوعِ الْآجَالِ.

فَنَذْكُرُ مِنْ ذَلِكَ مَسْأَلَةً فِي الْإِقَالَةِ، وَمَسْأَلَةً مِنْ بُيُوعِ الْآجَالِ، إِذْ كَانَ هَذَا الْكِتَابُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ بِهِ التَّفْرِيعَ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ فِيهِ تَحْصِيلُ [ب/٣٠٢و] الْأُصُولِ.

مَسْأَلَةٌ:

١٩٢٥ **لَمْ يَخْتَلِفُوا**(٤) أَنَّ مَنْ بَاعَ شَيْئًا مَا، كَأَنَّكَ قُلْتَ عَبْدًا بِمِائَةِ دِينَارٍ مَثَلًا إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ نَدِمَ الْبَائِعُ فَسَأَلَ الْمُبْتَاعَ أَنْ يَصْرِفَ إِلَيْهِ مَبِيعَهُ، وَيَدْفَعَ إِلَيْهِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ مَثَلًا نَقْدًا، أَوْ إِلَى أَجَلٍ، أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ، وَأَنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

وَأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُمْ إِذَا دَخَلَتْهَا الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ هِيَ بَيْعٌ مُسْتَأْنَفٌ، وَلَا حَرَجَ فِي أَنْ يَبِيعَ الْإِنْسَانُ الشَّيْءَ بِثَمَنٍ ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ بِأَكْثَرَ مِنْهُ، لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اشْتَرَى مِنْهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ الْعَبْدَ الَّذِي بَاعَهُ بِالْمِائَةِ الَّتِي وَجَبَتْ لَهُ وَبِالْعَشَرَةِ مَثَاقِيلَ الَّتِي زَادَهَا نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ.

---

(١) في (ب): «فصل». (٢) في (م): «بيع الضرر».

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أن».

(٤) نقل الإجماع ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧).

١٩٢٦ وَكَذَلِكَ **لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ** لَوْ كَانَ الْبَيْعُ بِمِائَةِ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، وَعَشَرَةَ مَثَاقِيلَ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ.

١٩٢٧ وَأَمَّا إِنْ نَدِمَ الْمُشْتَرِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَسَأَلَ الْإِقَالَةَ عَلَى أَنْ يُعْطِيَ الْبَائِعَ الْعَشَرَةَ الْمَثَاقِيلَ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنَ الْأَجَلِ الَّذِي وَجَبَتْ فِيهِ المائة(١)، فَهُنَا اخْتَلَفُوا:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): يَجُوزُ.

وَوَجْهُ مَا كَرِهَ مِنْ ذَلِكَ مَالِكٌ: أَنَّ ذَلِكَ ذَرِيعَةٌ إِلَى قَصْدِ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ إِلَى أَجَلٍ، وَإِلَى بَيْعِ ذَهَبٍ وَعَرَضٍ بِذَهَبٍ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ دَفَعَ الْعَشَرَةَ مَثَاقِيلَ، وَالْعَبْدَ فِي الْمِائَةِ دِينَارٍ الَّتِي عَلَيْهِ.

وَأَيْضًا، يَدْخُلُهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ كَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ بَاعَهُ الْعَبْدَ بِتِسْعِينَ وَأَسْلَفَهُ عَشَرَةً(٤) إِلَى أَجَلِ الَّتِي تَجِبُ عَلَيْهِ فيقبضها مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَهَذَا كُلُّه عِنْدَهُ [أ/٣٤٧و] جَائِزٌ، (لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مُسْتَأْنَفٌ. وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ مِائَةُ دِينَارٍ مُؤَجَّلَةٌ)(٥)، فَيَشْتَرِي مِنْهُ غُلَامًا بِالتِّسْعِينَ دِينَارًا الَّتِي عَلَيْهِ وَيَتَعَجَّلُ لَهُ عَشَرَةَ،

---

(١) في (أ): «المسألة».

(٢) قال ابن عبد البر: «ولو استقاله المبتاع في غير ما يؤكل أو يشرب بزيادة يزيدها جاز ذلك إذا كانت الزيادة مخالفة لرأس المال في صفته وجنسه، فإن كانت ورِقًا ورأس المال ذهبًا لم تكن الإقالة جائزة، إلا يدًا بيد. وإن لم تكن ذهبًا ولا ورِقًا جاز فيها الأجل وغيره». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٣٣).

(٣) قال النووي: «ولا يشترط في الإقالة ذكر الثمن، ولا يصح إلا بذلك الثمن. فلو زاد أو نقص، بطلت، وبقي البيع بحاله، حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو على أن يأخذ الصحاح عن المكسر، لم يصح». «روضة الطالبين» (٣/ ١٥٤). وينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٧٥).

(٤) في (م): «العشرة».

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

وَذَلِكَ جَائِزٌ بِإِجْمَاعٍ، قَالَ: وَحَمْلُ النَّاسِ عَلَى التُّهَمِ لَا يَجُوزُ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ نَقْدًا: **فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ ذَلِكَ**، لِأَنَّهُ لَيْسَ يَدْخُلُهُ بَيْعُ ذَهَبٍ بِذَهَبٍ نَسِيئَةً.

إِلَّا أَنَّ مَالِكًا كَرِهَ ذَلِكَ لِمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْعِينَةِ ـ أَعْنِي: الَّذِي يُدَايِنُ النَّاسَ، لِأَنَّهُ عِنْدَهُ ذَرِيعَةٌ لِسَلَفٍ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ [ب/٣٠٢ظ] يَتَوَصَّلَانِ إِلَيْهِ بِمَا أَظْهَرَا مِنَ الْبَيْعِ، مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ.

١٩٢٨ وَأَمَّا الْبُيُوعُ الَّتِي يُعَرِّفُوهَا بِبُيُوعِ الْآجَالِ:

فَهِيَ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ سِلْعَةً بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَشْتَرِيهَا بِثَمَنٍ آخَرَ إِلَى أَجَلٍ آخَرَ أَوْ نَقْدًا.

١٩٢٩ وَهُنَا تِسْعُ مَسَائِلَ ـ إِذَا لَمْ تَكُنْ هُنَالِكَ زِيَادَةُ عَرَضٍ ـ اخْتُلِفَ مِنْهَا فِي مَسْأَلَتَيْنِ، وَاتُّفِقَ فِي الْبَاقِي:

١٩٣٠ وَذَلِكَ: أَنَّهُ مَنْ بَاعَ شَيْئًا إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، أَوْ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ.

وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ:

إِمَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ منه بِمِثْلِ الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ مِنْهُ، وَإِمَّا بِأَقَلَّ، وَإِمَّا بِأَكْثَرَ.

يُخْتَلَفُ مِنْ ذَلِكَ فِي اثْنَيْنِ(١):

(أ) وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا قَبْلَ الْأَجَلِ أو نَقْدًا بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ.

(ب) أَوْ إِلَى أَبْعَدَ مِنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ.

فَعِنْدَ مَالِكٍ، وَجُمْهُورِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ(٢).

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «اثنتين».

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٦٩)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٨٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٨٩).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٢)، وَدَاوُدُ(٣): يَجُوزُ.

فَمَنْ مَنَعَهُ:

فَوَجْهُ مَنْعِهِ اعْتِبَارُ الْبَيْعِ الثَّانِي بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ، فَاتَّهَمَهُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ دَنَانِيرَ فِي أَكْثَرَ مِنْهَا إِلَى أَجَلٍ، وَهُوَ الرِّبَا الْمَنْهِيُّ عَنْهُ، فَزَوَّرَ(٤) لِذَلِكَ هَذِهِ الصُّورَةَ لِيَتَّصِلا بِهَا إِلَى الْحَرَامِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ لِآخَرَ: أَسْلِفْنِي عَشَرَةَ دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ، وَأَرُدُّ إِلَيْكَ عِشْرِينَ دِينَارًا، فَيَقُولُ: هَذَا لَا يَجُوزُ، وَلَكِنْ أَبِيعُ مِنْكَ هَذَا الْحِمَارَ(٥) بِعِشْرِينَ إِلَى شَهْرٍ، ثُمَّ أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِعَشَرَةٍ نَقْدًا.

وَأَمَّا فِي الْوُجُوهِ الْبَاقِيَةِ:

فَلَيْسَ يُتَّهَمُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَعْطَى أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ فِي أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ لَمْ يُتَّهَمْ.

وَكَذَلِكَ إِنِ اشْتَرَاهَا بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ إِلَى أَبْعَدَ مِنْ [م/ ١٩٠و] ذَلِكَ الْأَجَلِ.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لِمَنْ رَأَى هَذَا الرَّأْيَ:

حَدِيثُ الْعَالِيَةِ(٦)، عَنْ عَائِشَةَ: «أَنَّهَا سَمِعَتْهَا - وَقَدْ قَالَتْ لَهَا امْرَأَةٌ كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ [أ/ ٣٤٧ظ] لِزَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ: يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، إِنِّي بِعْتُ مِنْ زَيْدٍ عَبْدًا إِلَى الْعَطَاءِ بِثَمَانِ مِائَةٍ فَاحْتَاجَ إِلَى ثَمَنِهِ، [ب/ ٣٠٣و] فَاشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ قَبْلَ مَحِلِّ الْأَجَلِ بِسِتِّ مِائَةٍ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: بِئْسَمَا شَرَيْتِ، وَبِئْسَمَا اشْتَرَيْتِ، أَبْلِغِي زَيْدًا أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتُبْ. قَالَتْ: أَرَأَيْتِ إِنْ تَرَكْتُ وَأَخَذْتُ

---

(١) ينظر: «التهذيب»، للبغوي (٣/ ٤٨٩).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٧٣). (٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٧٣).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فزوروا».

(٥) بيض مكانها في (م).

(٦) في المطبوع: «أبي العالية».
وهو خطأ محض! والمثبت الذي اتفقت عليه النسخ هو الصواب، وهي: «العالية بنت أيفع بن شراحيل؛ امرأة أبي إسحاق السبيعي».

السِّتَّ مِائَةِ دِينَارٍ؟ قَالَتْ: نعم، ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٥]»[١].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهُ: لَا يَثْبُتُ حَدِيثُ عَائِشَةَ[٢].

وَأَيْضًا ـ فَإِنَّ زَيْدًا قَدْ خَالَفَهَا، وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الصَّحَابَةُ فَمَذْهَبُنَا الْقِيَاسُ. وَرُوِيَ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ[٣].

١٩٣١ وَأَمَّا إِذَا حَدَثَ بِالْمَبِيعِ نَقْصٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ:

فَإِنَّ الثَّوْرِيَّ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْكُوفِيِّينَ[٤] أَجَازُوا لِبَائِعِهِ بِالنَّظِرَةِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ نَقْدًا بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ.

وَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ[٥].

وَالصُّوَرُ الَّتِي يَعْتَبِرُهَا مَالِكٌ فِي الذَّرَائِعِ فِي هَذِهِ الْبُيُوعِ هِيَ أَنْ يَتَذَرَّعَ مِنْهَا إِلَى: أَنْظِرْنِي أَزِدْكَ، أَوْ إِلَى بَيْعِ مَا لَا يَجُوزُ بيعه مُتَفَاضِلًا، أَوْ بَيْعِ مَا لَا يَجُوزُ نَسَاءً مُتَفَاضِلًا[٦]، أَوْ إِلَى بَيْعٍ وَسَلَفٍ، أَوْ إِلَى ذَهَبٍ وَعَرَضٍ بِذَهَبٍ، أَوْ بِذَهَبٍ وَعَرَضٍ، أَوْ إِلَى: ضَعْ وَتَعَجَّلْ، أَوْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، أَوْ بَيعٍ وَصَرْفٍ، فَإِنَّ هَذِهِ هِيَ أُصُولُ الرِّبَا.

١٩٣٢ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنْ بَاعَ طَعَامًا بِطَعَامٍ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ:

فَمَنَعَهُ مَالِكٌ[٧]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٨]، وَجَمَاعَةٌ.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٠٣)، وابن الجعد في «مسنده» (٤٥١)، ومن طريقه: البيهقي في «الكبرى» (٥/ ٥٣٩).
وقال الدارقطني، في العالية: هي مجهولة، لا يحتج بها.
وقال ابن عبد البر: وهو خبر لا يثبته أهل العلم بالحديث، ولا هو مما يحتج به عندهم.
ينظر: «نصب الراية»، للزيلعي (٤/ ١٦)، «الدراية»، لابن حجر (٢/ ١٥٢).

(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ٣٨)، (٣/ ٧٩).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٣).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٣).

(٥) ينظر: «التبصرة»، للخمي (٧/ ٣٠١٤).

(٦) ليست في (م).

(٧) «البيان والتحصيل» (٧/ ١١٣).

(٨) «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٦).

وَأَجَازَهُ الشَّافِعِيُّ[١]، وَالثَّوْرِيُّ[٢]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٣]، وَجَمَاعَةٌ.

وَحُجَّةُ مَنْ كَرِهَهُ: أَنَّهُ شَبِيهٌ بِبَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ نَسَاءً.

وَمَنْ أَجَازَهُ: لَمْ يَرَ ذَلِكَ فِيهِ اعْتِبَارًا بِتَرْكِ الْقَصْدِ إِلَى ذَلِكَ.

١٩٣٣ وَمِنْ ذَلِكَ اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنِ اشْتَرَى طَعَامًا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ المشتري[٤] طَعَامٌ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ، فَاشْتَرَى مِنَ البائع طَعَامًا بِثَمَنٍ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ مَكَانَ طَعَامِهِ الَّذِي وَجَبَ لَهُ عليه:

(فَأَجَازَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ[٥]، وَقَالَ: لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِيَ الطَّعَامَ مِنْ غَيْرِ البائع الَّذِي وَجَبَ لَهُ عَلَيْهِ)[٦]، أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي[٧] نَفْسِهِ.

وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ **مَالِكٌ**[٨]، وَرَآهُ مِنَ الذَّرِيعَةِ إِلَى بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، لِأَنَّهُ رَدَّ إِلَيْهِ الطَّعَامَ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ وَبَقِيَ الثَّمَنُ الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ ثَمَنُ الطَّعَامِ الَّذِي كَانَ يترَتَّبُ فِي ذِمَّتِهِ، فَيَكُونُ قَدْ بَاعَهُ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ. [ب/٣٠٣ظ]

وَصُورَةُ الذَّرِيعَةِ فِي ذَلِكَ: أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ آخَرَ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلُ قَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الطَّعَامُ: لَيْسَ عِنْدِي [أ/٣٤٨و] طَعَامٌ، وَلَكِنْ أَشْتَرِي مِنْكَ الطَّعَامَ الَّذِي وَجَبَ لَكَ عَلَيَّ، فَقَالَ: هَذَا لَا يَصلح، لِأَنَّهُ بِيعَ الطَّعَامُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، فَيَقُولُ لَهُ: فابتع طَعَامًا مِنِّي وَأَرُدُّهُ عَلَيْكَ، فَيَعْرِضُ مِنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَاهُ ـ أَعْنِي: أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ ذَلِكَ الطَّعَامَ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ، وَيُبْقِيَ الثَّمَنَ الْمَدْفُوعَ إِنَّمَا هُوَ ثَمَنُ الطَّعَامِ الَّذِي هُوَ فِي ذِمَّتِهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَلَا يَعْتَبِرُ التُّهَمَ كَمَا قُلْنَا، وَإِنَّمَا يُرَاعِي فِيمَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنَ الْبُيُوعِ مَا اشْتَرَطَا وَذَكَرَاهُ بِأَلْسِنَتِهِمَا وَظَهَرَ مِنْ فِعْلِهِمَا؛ لِإِجْمَاعِ الْعُلَمَاءِ عَلَى

---

(١) «الأم» (٣/ ٧٠).
(٢) «التمهيد» (١٦/ ٣٤٥).
(٣) «التمهيد» (١٦/ ٣٤٥).
(٤) في (ب): «البائع».
(٥) «الأم» (٣/ ٧٢).
(٦) ما بين القوسين من (م).
(٧) في (م): «البائع».
(٨) «المدونة» (٣/ ١٤).

أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَبِيعُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ مِثْلِهَا، وَأُنْظِرُكَ بِهَا حَوْلًا، أَوْ شَهْرًا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: أَسْلِفْنِي دَرَاهِمَ، وَأَمْهِلْنِي بِهَا حَوْلًا جَازَ، فَلَيْسَ بَيْنَهُمَا إِلَّا اخْتِلَافُ لَفْظِ الْبَيْعِ، وَقَصْدِهِ، وَلَفْظِ الْقَرْضِ وَقَصْدِهِ.

وَلَمَّا كَانَتْ أُصُولُ الرِّبَا كَمَا قُلْنَا خَمْسَةً:

أَنْظِرْنِي أَزِدْكَ، وَالتَّفَاضُلُ، وَالنَّسَاءُ، وَضَعْ وَتَعَجَّلْ، وَبَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ فَإِنَّهُ يُظَنُّ أَنَّهُ مِنْ هَذَا الْبَابِ، إِذْ فَاعِلُ ذَلِكَ يَدْفَعُ دَنَانِيرَ وَيَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ تَكَلُّفِ فِعْلٍ، وَلَا ضَمَانٍ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ نَذْكُرَ هَاهُنَا هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ.

١٩٣٤ أَمَّا **(ضَعْ وَتَعَجَّلْ)**:

فَأَجَازَهُ: ابْنُ عَبَّاسٍ مِنَ الصَّحَابَةِ(١).

وَزُفَرُ مِنْ [م/ ١٩٠ظ] فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ وَجَمَاعَةٌ(٢).

وَمَنَعَهُ: (زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَ)(٣) ابْنُ عُمَرَ - مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَمَالِكٌ(٤)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٥)، وَالثَّوْرِيُّ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٦).

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ(٧).

فَأَجَازَ مَالِكٌ، وَجُمْهُورُ مَنْ يُنْكِرُ: ضَعْ وَتَعَجَّلْ - أَنْ يَتَعَجَّلَ الرَّجُلُ فِي دَيْنِهِ الْمُؤَجَّلِ عَرَضًا يَأْخُذُهُ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ دَيْنِهِ.

---

(١) قال ابن عبد البر: «وأما اختلاف العلماء في ضع وتعجل؛ فإن ابن عباس خالف في ذلك عبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت». «الاستذكار» (٦/ ٤٨٩).

(٢) ليست في (م). وينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٩٠).

(٣) من (م).

(٤) ينظر: «الشرح الصغير»، للدردير (٣/ ٤١٠). وهو المشهور عن أحمد. ينظر: «كشاف القناع» (٣/ ٣٩٢).

(٥) قال القدوري: «ولو كان له ألف مؤجَّلة فصالحه على خمسمائة حالَّة: لم يجز»: «مختصر القدوري» (ص٩٤).

(٦) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٨٩).

(٧) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢١٦).

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ ضَعْ وَتَعَجَّلْ: أَنَّهُ شَبِيهٌ بِالزِّيَادَةِ مَعَ النَّظِرَةِ الْمُجْتَمَعِ عَلَى تَحْرِيمِهَا، وَوَجْهُ شَبَهِهِ بِهَا: أَنَّهُ جَعَلَ لِلزَّمَانِ مِقْدَارًا مِنَ الثَّمَنِ وبَدَلًا مِنْهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ جَمِيعًا. وَذَلِكَ: أَنَّهُ هُنَالِكَ لَمَّا زَادَ لَهُ فِي الزَّمَانِ زَادَ لَهُ عَرَضُهُ ثَمَنًا، وَهُنَا لَمَّا حَطَّ عَنْهُ الزَّمَانَ حَطَّ عَنْهُ فِي مُقَابَلَتِهِ ثَمَنًا.

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ: مَا رُوِيَ [ب/٣٠٤و] عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَمَرَ بِإِخْرَاجِ بَنِي النَّضِيرِ، جَاءَهُ نَاسٌ مِنْهُمْ، فَقَالُوا له: يَا نَبِيَّ اللهِ، إِنَّكَ أَمَرْتَ بِإِخْرَاجِنَا، وَلَنَا عَلَى النَّاسِ دُيُونٌ لَمْ تَحِلَّ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا**»(١).

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ قِيَاسِ الشَّبَهِ لِهَذَا الْحَدِيثِ.

١٩٣٥ وَأَمَّا بَيْعُ [أ/٣٤٨ظ] الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **مُجْمِعُونَ**(٢) عَلَى مَنْعِ ذَلِكَ.

إِلَّا مَا يُحْكَى عَنْ عُثْمَانَ الْبَتِّيِّ.

١٩٣٦ وَإِنَّمَا **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى ذَلِكَ؛ لِثُبُوتِ النَّهْيِ عَنْهُ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ مِنْ حَدِيثِ(٣) مَالِكٍ(٤)، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ**».

١٩٣٧ وَاخْتُلِفَ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ:

أَحَدُهَا: فِيمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنَ الْمَبِيعَاتِ.

---

(١) أخرجه الطحاوي في «المشكل» (٤٢٧٧)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٢٥١)، عن عكرمة، عن ابن عباس، ثم قال: في إسناده رجل، يقال له: علي بن أبي محمد، وهو مجهولٌ، وحديثه غير محفوظ.
والدارقطني (٢٩٨٠ ـ ٢٩٨٣)، وقال: اضطرب في إسناده مسلم بن خالد ـ وهو سيِّء الحفظ ضعيف.

(٢) نقل الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٠)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٧٢)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٥٧).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) «الموطأ» (٢/ ٦٤٠).

وَالثَّانِي: فِي الِاسْتِفَادَاتِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِي بَيْعِهَا الْقَبْضُ، مِنَ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ.

وَالثَّالِثُ: فِي الْفَرْقِ بَيْنَ مَا يُبَاعُ[١] مِنَ الطَّعَامِ مَكِيلًا وَجُزَافًا.

فَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

١٩٣٨ أَمَّا بَيْعُ مَا سِوَى الطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ:

فَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي إِجَازَتِهِ[٢].

١٩٣٩ وَأَمَّا الطَّعَامُ (الرِّبَوِيُّ:

فَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِهِ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي بَيْعِهِ.

١٩٤٠ وَأَمَّا غَيْرُ الرِّبَوِيِّ مِنَ الطَّعَامِ)[٣]:

فَعَنْهُ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ[٤]:

إِحْدَاهُمَا: الْمَنْعُ وَهِيَ الْأَشْهَرُ.

وَبِهَا قَالَ أَحْمَدُ[٥]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٦]، إِلَّا أَنَّهُمَا اشْتَرَطَا مَعَ الطُّعْمِ الْكَيْلَ، وَالْوَزْنَ.

وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى: الْجَوَازُ.

---

(١) في (م): «ما لا يباع».

(٢) قال ابن عبد البر: «كل ما اشتريت من العروض كلها الحيوان والعَقار والثياب وغير ذلك، ما خلا البيع من الطعام على الكيل: فلا بأس عند مالك أن يبيع ذلك قبل أن يقبضه». «الاستذكار» (٢/ ٦٦١)، وينظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٨٧).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٤٨٢)، «مواهب الجليل» (٤/ ٤٨٢).

(٥) ينظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٣٧٩).

(٦) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٤٨٢)، «مواهب الجليل» (٤/ ٤٨٢).

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(١): فَالْقَبْضُ عِنْدَهُ شَرْطٌ فِي كُلِّ بَيعٍ، مَا عَدَا الْمَبِيعَاتِ الَّتِي لا تَنْتَقِلُ وَلَا تُحَوَّلُ مِنَ الدُّورِ وَالْعَقَارِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَإِنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ شَرْطٌ فِي كُلِّ مَبِيعٍ، وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، وَابْنِ عَبَّاسٍ(٢).

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ، وَإِسْحَاقُ(٣): كُلُّ شَيْءٍ لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

فَاشْتَرَطَ هَؤُلَاءِ الْقَبْضَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ، وَرَبِيعَةُ.

وَزَادَ هَؤُلَاءِ مَعَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ الْمَعْدُودَ(٤).

١٩٤١ فَيَتَحَصَّلُ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ **سَبْعَةُ** [ب/ ٣٠٤ظ] **أَقْوَالٍ**:

الْأَوَّلُ: فِي الطَّعَامِ الرِّبَوِيِّ فَقَطْ.

وَالثَّانِي: فِي الطَّعَامِ بِإِطْلَاقٍ.

الثَّالِثُ: فِي الطَّعَامِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

الرَّابِعُ: فِي كُلِّ شَيْءٍ يُنْقَلُ.

الْخَامِسُ: فِي كُلِّ شَيْءٍ.

السَّادِسُ: فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

السَّابِعُ: فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ.

أَمَّا عُمْدَةُ مَالِكٍ فِي مَنْعِهِ، مَا عَدَا الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ:

فَدَلِيلُ الْخِطَابِ فِي الْحَدِيثِ الْمُتَقَدِّمِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ، فِي تَعْمِيمِ ذَلِكَ فِي كُلِّ بَيْعٍ:

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٣/ ٨).

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٧٣).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).

(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).

فَعُمُومُ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**»(١).

وَهَذَا مِنْ بَابِ بَيْعِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَهَذَا يَنْبَنِي عَلَى مَذْهَبِهِ مِنْ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي دُخُولِ الْمَبِيعِ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

وَاحْتَجَّ [أ/٣٤٩و] أَيْضًا، بِحَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ قَالَ: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي أَشْتَرِي بُيُوعًا، فَمَا يَحِلُّ لِي مِنْهَا وَمَا يَحْرُمُ؟ فَقَالَ: **يَا ابْنَ أَخِي، إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعًا، فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ**»(٢).

قَالَ أَبُو عُمَرَ: حَدِيثُ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ: رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ أَبِي كَثِيرٍ، عَنْ يُوسُفَ بْنِ مَاهَكَ، أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ عِصْمَةَ حَدَّثَهُ: أَنَّ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ قَالَ...

وَيُوسُفُ بْنُ مَاهَكَ، وَعَبْدُ [م/١٩١و] اللهِ بْنُ عِصْمَةَ لَا أَعْرِفُ لَهُمَا جُرْحَةً، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَرْوِ عَنْهُمَا إِلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ فَقَطْ، وَذَلِكَ فِي الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِجُرْحَةٍ، وَإِنْ كَرِهَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْمُحَدِّثِينَ(٣).

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والنسائي (٤٦١١).

(٢) أخرجه مسلم (٢٩٤٠).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٥). وعبارته: «يختلف في حديث حكيم بن حزام، وأسانيده ما ذكرنا؛ إلا أن عبد الله بن عصمة هذا لم يره وعنه عن يوسف بن ماهك فيما علمت. ويوسف ثقة، وما أعلم لعبد الله بن عصمة جرحة إلا أن من لم يرو عنه إلا رجل واحد فهو مجهول عندهم.

إلا أني أقول إن كان معروفًا بالثقة والأمانة والعدالة فلا يضره إذا لم يرو عنه إلا واحد». اهـ.

وعلق المحدث الغُمَاري في «تخريجه للبداية» (٧/ ٢٣٣)، ح (١٣٧١)، بقوله: «قلت: وهذا غريب من ابن عبد البر بالنسبة لقوله: (إن يوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لم يرو عنهما إلا رجل واحد)؛ فإن يوسف بن ماهك من رجال الصحيحين، وقد روى عنه نحو خمسة عشر رجلًا فأكثر، من مشاهيرهم: عطاء بن أبي رباح وأيوب السختياني وحميد الطويل وابن جريج وأبو بشر وإبراهيم بن مهاجر وعمرو بن مرة ويعلى بن حكيم وعبد الملك بن ميسرة وآخرون. =

وَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: أَنَّ بَيْعَ مَا لَمْ يُقْبَضْ يُتَطَرَّقُ مِنْهُ إِلَى الرِّبَا.

وَإِنَّمَا اسْتَثْنَى أَبُو حَنِيفَةَ مَا يُحَوَّلُ وَيُنْقَلُ عِنْدَهُ، مِمَّا لَا يُنْقَلُ، لِأَنَّ مَا يُنْقَلُ الْقَبْضُ عِنْدَهُ فِيهِ هِيَ التَّخْلِيَةُ.

وَأَمَّا مَنِ اعْتَبَرَ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ: فَلِاتِّفَاقِهِمْ أَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ لَا يَخْرُجُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ إِلَى ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إِلَّا بِالْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ، وَقَدْ نُهِيَ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

الْفَصْلُ الثَّانِي

١٩٤٢ وَأَمَّا مَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ فِيهِ مِمَّا لَا يُعْتَبَرُ:

فَإِنَّ الْعُقُودَ تَنْقَسِمُ أَوَّلًا **إِلَى قِسْمَيْنِ**:

(أ) قِسْمٌ يَكُونُ بِمُعَاوَضَةٍ.

(ب) وَقِسْمٌ يَكُونُ بِغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ: كَالْهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ.

١٩٤٣ وَالَّذِي يَكُونُ بِمُعَاوَضَةٍ **يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ**:

(١) **أَحَدُهَا**: يَخْتَصُّ بِقَصْدِ الْمُغَابَنَةِ وَالْمُكَايَسَةِ، وَهِيَ [ب/٣٠٥و] الْبُيُوعُ، وَالْإِجَارَاتُ، وَالْمُهُورُ، وَالصُّلْحُ، وَالْمَالُ الْمَضْمُونُ بِالتَّعَدِّي وَغَيْرِهِ.

(٢) **وَالْقِسْمُ الثَّانِي**: لَا يَخْتَصُّ[(١)] بِقَصْدِ الْمُغَابَنَةِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَلَى جِهَةِ الرِّفْقِ وَهُوَ الْقَرْضُ.

(٣) **وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ**: فَهُوَ مَا يَصِحُّ أَنْ يَقَعَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا ـ أَعْنِي: عَلَى قَصْدِ الْمُغَابَنَةِ، وَعَلَى قَصْدِ الرِّفْقِ: كَالشَّرِكَةِ، وَالْإِقَالَةِ، وَالتَّوْلِيَةِ.

١٩٤٤ وَتَحْصِيلُ أقاويل الْعُلَمَاءِ فِي هَذِهِ الْأَقْسَامِ:

= وقد روى عنه هذا الحديث بخصوصه: أبو بشر جعفر بن إياس وأيوب السختياني ويونس ويعلى بن حكيم وعطاء وعامر الأحول. وكذلك عبد الله بن عصمة». انتهى المقصود منه بنوع تصرف.

(١) ليست في (م).

(أ) أَمَّا مَا كَانَ بَيْعًا وَبِعِوَضٍ: **فَلَا خِلَافَ** فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِيهِ.

وَذَلِكَ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يَشْتَرِطُ فِيهِ الْقَبْضَ وَاحِدٌ وَاحِدٌ[١] مِنَ الْعُلَمَاءِ.

(ب) وَأَمَّا مَا كَانَ خَالِصًا لِلرِّفْقِ ـ أَعْنِي: الْقَرْضَ، **فَلَا خِلَافَ** أَيْضًا، أَنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ شَرْطًا فِي بَيْعِهِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَبِيعَ الْقَرْضَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ.

وَاسْتَثْنَى أَبُو حَنِيفَةَ[٢] مِمَّا يَكُونُ بِعِوَضٍ الْمَهْرَ، وَالْخُلْعَ[٣] والْجُعْلَ، فَقَالَ: يَجُوزُ بَيْعُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ.

١٩٤٥ وَأَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي تَتَرَدَّدُ بَيْنَ قَصْدِ [أ/٣٤٩ظ] الرِّفْقِ (وَالْمُغَابَنَةِ ـ وَهِيَ التَّوْلِيَةُ، وَالشَّرِكَةُ، وَالْإِقَالَةُ:

فَإِذَا وَقَعَتْ عَلَى وَجْهِ الرِّفْقِ)[٤] مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ الْإِقَالَةُ، أَوِ التَّوْلِيَةُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ:

فَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ فِي الْمَذْهَبِ ـ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَالشَّافِعِيُّ[٦]: لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ، وَلَا التَّوْلِيَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَتَجُوزُ الْإِقَالَةُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَسْخُ بَيْعٍ[٧]، لَا بَيْعٌ.

فَعُمْدَةُ مَنِ اشْتَرَطَ الْقَبْضَ فِي جَمِيعِ الْمُعَاوَضَاتِ: أَنَّهَا فِي مَعْنَى الْبَيْعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ.

وَإِنَّمَا اسْتَثْنَى مَالِكٌ مِنْ ذَلِكَ التَّوْلِيَةَ، وَالْإِقَالَةَ، وَالشَّرِكَةَ، لِلْأَثَرِ وَالْمَعْنَى.

---

(١) من (أ).

(٢) قال الكاساني: «وكل عوض مُلك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر، وبدل الخُلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد». «بدائع الصنائع» (٥/ ١٨١)، وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٨).

(٣) من (م).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) ينظر: «الاختيار» (٢/ ٨).

(٦) ينظر: «التنبيه»، للشيرازي (ص٩٩)، «كفاية النبيه» (٩/ ٣٦٠).

(٧) ليست في (م).

أَمَّا الْأَثَرُ:

فَمَا رَوَاهُ مِنْ مُرْسَلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ(١)، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، إِلَّا مَا كَانَ مِنْ شَرِكَةٍ، أَوْ تَوْلِيَةٍ، أَوْ إِقَالَةٍ»**.

وَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

فَإِنَّ هَذِهِ إِنَّمَا يُرَادُ بِهَا الرِّفْقُ، لَا الْمُغَابَنَةُ ـ إِذَا لَمْ يَدْخُلْهَا(٢) زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ.

وَإِنَّمَا اسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ: الصَّدَاقَ، وَالْخُلْعَ، وَالْجُعْلَ(٣)، لِأَنَّ الْعِوَضَ فِي ذَلِكَ [ب/٣٠٥ظ] لَيْسَ (بَيِّنًا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَيْنًا)(٤).

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

١٩٤٦ وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْقَبْضِ فِيمَا بِيعَ مِنَ الطَّعَامِ جُزَافًا:

فَإِنَّ مَالِكًا(٥) رَخَّصَ فِيهِ وَأَجَازَهُ.

وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ(٦).

وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ: أَبُو حَنِيفَةَ(٧)، وَالشَّافِعِيُّ(٨).

---

(١) أخرجه سحنون في «المدونة» (٣/ ١٢٧)، قال: وأخبرني ابن القاسم، عن سليمان بن بلال، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن، عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: **«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة»**.

(٢) في (م): «تدخلها». (٣) من (م).

(٤) في (م): «ثمنًا إذا لم يكن عوضًا».

(٥) قال القاضي عبد الوهاب: «وما أبيح منه جزافًا أو مصبرًا فبيعه جائز قبل قبضه إذا خلَّى البائع بينه وبينه». «التلقين» (ص٣٧٠). وقال ابن عبد البر: «ولا بأس عند مالك وأصحابه ببيع ما اشترى من الطعام والقوت والإدام جزافًا قبل قبضه». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٧٣).

(٦) ينظر: «الأوسط» (١٠/ ١٤٧).

(٧) ينظر: «درر الحكام» (٢/ ١٨٣)، «البحر الرائق» (٥/ ٣٠٥).

(٨) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٨٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٦٨).

وَحُجَّتُهُمَا:

عُمُومُ الْحَدِيثِ الْمُتَضَمِّنِ لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، لِأَنَّ الذَّرِيعَةَ مَوْجُودَةٌ فِي الْجُزَافِ وَغَيْرِ الْجُزَافِ.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لَهُمَا:

مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قَالَ: «كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللهِ ﷺ نَبْتَاعُ الطَّعَامَ جُزَافًا، فَبَعَثَ إِلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ»(١).

قَالَ أَبُو عُمَرَ: وَإِنْ كَانَ مَالِكٌ(٢) لَمْ يَرْوِ عَنْ نَافِعٍ فِي هَذَا الْحَدِيثِ ذِكْرَ الْجُزَافِ، فَقَدْ رَوَتْهُ جَمَاعَةٌ، وَجَوَّزَهُ عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ، وَغَيْرُهُ، وَهُوَ مُقَدَّمٌ فِي حِفْظِ حَدِيثِ نَافِعٍ(٣).

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ: أَنَّ الْجُزَافَ لَيْسَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، فَهُوَ عِنْدَهُمْ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

وَهَذَا مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْقِيَاسِ الْمَظْنُونِ الْعِلَّةِ.

١٩٤٧ وَقَدْ يَدْخُلُ فِي هَذَا الْبَابِ **إِجْمَاعُ الْعُلَمَاءِ** عَلَى مَنْعِ بَيْعِ الرَّجُلِ شَيْئًا لَا يَمْلِكُهُ(٤)، [م/١٩١ظ] وَهُوَ الْمُسَمَّى: (عِينَةً)، عِنْدَ مَنْ يَرَى نَقْلَهُ مِنْ بَابِ الذَّرِيعَةِ - إِلَى الرِّبَا.

وَأَمَّا مَنْ رَأَى مَنْعَهُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ (قَدْ لَا)(٥) يُمْكِنُهُ نَقْلُهُ، فَهُوَ دَاخِلٌ فِي بُيُوعِ الْغَرَرِ.

وَصُورَةُ التَّذَرُّعِ مِنْهُ [أ/٣٥٠و] إِلَى الرِّبَا الْمَنْهِيِّ عَنْهُ: أَنْ يَقُولَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: أَعْطِنِي عَشَرَةَ دَنَانِيرَ عَلَى أَنْ أَدْفَعَ لَكَ إِلَى مُدَّةِ كَذَا ضِعْفَهَا، فَيَقُولُ لَهُ: هَذَا لَا

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٦٧).
(٢) «الموطأ» (٢/ ٦٤٤).
(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٦٩).
(٤) ينظر: «الموطأ» (٢/ ٦٤٢).
(٥) ليس في (م).

يَصْلُحُ، وَلَكِنْ أَبِيعُ مِنْكَ سِلْعَةَ كَذَا لِسِلْعَةٍ - يُسَمِّيهَا لَيْسَتْ عِنْدَهُ بِهَذَا الْعَدَدِ، ثُمَّ يَعْمِدُ هُوَ فَيَشْتَرِي تِلْكَ السِّلْعَةَ فَيَقْبِضُهَا لَهُ بَعْدَ أَنْ كَمُلَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا، وَتِلْكَ السِّلْعَةُ قِيمَتُهَا قَرِيبٌ مِمَّا كَانَ سَأَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنَ الدَّرَاهِمِ قَرْضًا، فَيَرُدُّ [ب/٣٠٦و] عَلَيْهِ ضِعْفَهَا.

وَفِي الْمَذْهَبِ فِي هَذَا تَفْصِيلٌ لَيْسَ هَذَا مَوْضِعه.

١٩٤٨ **وَلَا خِلَافَ** فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا أَنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ فِي الْمَذْهَبِ - أَعْنِي: إِذَا تَقَارَّا عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي يَأْخُذُ بِهِ السِّلْعَةَ قَبْلَ شِرَائِهَا(١).

١٩٤٩ وَأَمَّا الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ: **فَأَجْمَعَ**(٢) **الْمُسْلِمُونَ** عَلَى مَنْعِهِ.

١٩٥٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِي مَسَائِلَ، هَلْ هِيَ مِنْهُ أَمْ لَيْسَتْ مِنْهُ؟

مِثْلُ مَا كَانَ ابْنُ الْقَاسِمِ، لَا يُجِيزُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ مِنْ غَرِيمِهِ فِي دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ تَمْرًا قَدْ بَدَا صَلَاحُهُ، وَلَا سُكْنَى دَارٍ، وَلَا جَارِيَةً تَتَوَاضَعُ، وَيَرَاهُ مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَكَانَ أَشْهَبُ يُجِيزُ ذَلِكَ وَيَقُولُ: لَيْسَ هَذَا مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، (وَإِنَّمَا الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ)(٣) مَا لَمْ يَشْرَعْ فِي أَخْذِ شَيْءٍ مِنْهُ(٤).

وَهُوَ قِيَاسٌ عند كَثِيرٍ مِنَ العلماء(٥) الْمَالِكِيِّينَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٦)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٧).

وَمِمَّا أَجَازَهُ مَالِكٌ مِنْ هَذَا الْبَابِ - وَخَالَفَهُ فِيهِ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ - مَا قَالَهُ

---

(١) ينظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠٢).
(٢) نقل الإجماع: ابن المنذر في «الأوسط» (١٠/ ١١٨)، وابن قدامة في «المغني» (٤/ ٣٧)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٣٤).
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٤٣).
(٥) ليست في (م).
(٦) «الأم» (٣/ ٩).
(٧) «التجريد» (٧/ ٣٦٧٧).

فِي «الْمُدَوَّنَةِ»(١) مِنْ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَبِيعُونَ اللَّحْمَ بِسِعْرٍ مَعْلُومٍ، وَالثَّمَنُ إِلَى الْعَطَاءِ، فَيَأْخُذُ الْمُبْتَاعُ كُلَّ يَوْمٍ وَزْنًا مَعْلُومًا، قَالَ: وَلَمْ يَرَ النَّاسُ بِذَلِكَ بَأْسًا، وَكَذَلِكَ كَلُّ مَا يُبْتَاعُ فِي الْأَسْوَاقِ.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، إِلَّا فِيمَا خُشِيَ عَلَيْهِ الْفَسَادُ مِنَ الْفَوَاكِهِ إِذَا أُخِذَ جَمِيعُهُ.

وَأَمَّا الْقَمْحُ وَشِبْهُهُ: فَلَا(٢).

فَهَذِهِ هِيَ أُصُولُ هَذَا الْبَابِ.

وَهَذَا الْبَابُ كُلُّهُ إِنَّمَا حُرِّمَ فِي الشَّرْعِ، لِمَكَانِ الْغَبْنِ الَّذِي يَكُونُ طَوْعًا وَعَنْ عِلْمٍ.

الْبَابُ الثَّالِثُ

وَهِيَ الْبُيُوعُ الْمَنْهِيُّ عَنْهَا مِنْ قِبَلِ الْغَبْنِ الَّذِي سَبَبُهُ(٣) الْغَرَرُ.

وَالْغَرَرُ يُوجَدُ فِي الْمَبِيعَاتِ مِنْ جِهَةِ الْجَهْلِ عَلَى أَوْجُهٍ:

(أ) إِمَّا مِنْ جِهَةِ الْجَهْلِ بِتَعْيِينِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَوْ تَعْيِينِ الْعَقْدِ.

(ب) أَوْ مِنْ جِهَةِ الْجَهْلِ بِوَصْفِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ الْمَبِيعِ، أَوْ بِقَدْرِهِ، أَوْ بِأَجَلِهِ إِنْ كَانَ هُنَالِكَ أَجَلٌ.

(ج) وَإِمَّا مِنْ جِهَةِ الْجَهْلِ بِوُجُودِهِ، أَوْ تَعَذُّرِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ.

وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى تَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ.

---

(١) جاء في «المدونة» (٣/ ٣١٥): «واللحم وكل ما يباع في الأسواق مما يتبايع الناس به فهو كذلك لا يكون إلا بأمر معروف ويبين ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا كان ذلك العطاء معلومًا مأمونًا، إذا كان يشرع في أخذ ما اشترى. ولم يره مالك من الدين بالدين».

(٢) ينظر: «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٠٨)، (١٧/ ٢٠٧).

(٣) في (أ): «يشبه».

(د) وَإِمَّا مِنْ جِهَةِ الْجَهْلِ بِسَلَامَتِهِ ـ أَعْنِي: بَقَاءَهُ.

وَهَاهُنَا بُيُوعٌ تَجمَعُ أَكْثَرَ هَذِهِ (أَوْ بَعْضَهَا.

وَمِنَ الْبُيُوعِ الَّتِي تُوجَدُ فِيهَا هَذِهِ الضُّرُوبُ مِنَ الْغَرَرِ:

بُيُوعٌ مَنْطُوقٌ بِهَا)[١]، [ب/٣٠٦ظ] وَبُيُوعٌ مَسْكُوتٌ [أ/٣٥٠ظ] عَنْهَا، وَالْمَنْطُوقُ بِهِ أَكْثَرُها مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا يُخْتَلَفُ فِي شَرْحِ أَسْمَائِهَا، وَالْمَسْكُوتُ عَنْهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ أَوَّلًا الْمَنْطُوقَ بِهِ فِي الشَّرْعِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْفِقْهِ.

ثُمَّ نَذْكُرُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الْمَسْكُوتِ عَنْهُ ـ مَا شَهُرَ الْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ لِيَكُونَ ذلك؛ كَالْقَانُونِ فِي نَفْسِ الْفَقِيهِ[٢] ـ أَعْنِي: فِي رَدِّ الْفُرُوعِ إِلَى الْأُصُولِ ـ.

فَأَمَّا الْمَنْطُوقُ بِهِ فِي الشَّرْعِ:

فَمِنْهُ: «نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ»[٣]، «وَعَنْ بَيْعِ الْحَصَى[٤]».

ومنه: نهيه ﷺ عن بيع حَبَلِ الْحَبَلَةِ»[٥].

وَمِنْه: «نَهْيُهُ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخَلَّقْ»[٦]، «وَعَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِي»[٧].

وَمِنْه: «نَهْيُهُ عَنِ الْمُعَاوَمَةِ»[٨]، «وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»[٩]، «(وَعَنْ بَيْعٍ

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) في (أ): «الفقه».

(٣) أخرجه البخاري (١٩٩٣)، ومسلم (١٥١١).

(٤) وهو جمع الحصاة. والذي في (م): «الحَصَاة». وهو الموافق للفظ الحديث الذي أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٥) أخرجه البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤).

(٦) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٧) أخرجه البخاري (١٤٨٨)، ومسلم (١٥٥٥).

(٨) أخرجه مسلم (١٥٣٦).

(٩) أخرجه الترمذي (١٢٣١) وقال: «حسن صحيح».

وَشَرْطٍ»)[(١)(٢)]، «وَعَنْ بَيْعٍ، وَسَلَفٍ»[(٣)]، «وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ، وَالْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ»[(٤)]، «وَنَهْيُهُ عَنِ الْمَضَامِينِ، وَالْمَلَاقِيحِ[(٥)(٦)]».

١٩٥١ أَمَّا **بَيْعُ الْمُلَامَسَةِ:**

فَكَانَتْ صُورَتُهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ: أَنْ يَلْمِسَ الثَّوْبَ وَلَا يَنْشُرَهُ، أَوْ يَبْتَاعَهُ لَيْلًا وَلَا يَعْلَمُ مَا فِيهِ.

وَهَذَا مُجْمَعٌ[(٧)] عَلَى تَحْرِيمِهِ.

وَسَبَبُ تَحْرِيمِهِ: الْجَهْلُ بِالصِّفَةِ.

١٩٥٢ (وَأَمَّا **بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ**)[(٨)]:

فَكَانَ أَنْ يَنْبِذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ (إِلَى صَاحِبِهِ)[(٩)] الثَّوْبَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعَيِّنَ[(١٠)] أَنَّ هَذَا بِهَذَا، بَلْ كَانُوا يَجْعَلُونَ ذَلِكَ رَاجِعًا إِلَى الِاتِّفَاقِ.

١٩٥٣ وَأَمَّا بَيْعُ الْحَصَاةِ:

فَكَانَتْ صُورَتُهُ عِنْدَهُمْ: أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي: أَيُّ ثَوْبٍ [م/١٩٢و] وَقَعَتْ عَلَيهِ الْحَصَى[(١١)] الَّتِي أَرْمِي بِهَا فَهُوَ لِي.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٣٦١). قال ابن تيمية: «حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة». «مجموع الفتاوى» (١/ ٧٠٣).

(٣) مالك في «الموطأ» بلاغًا (٢/ ٦٥٧)، ووصله: الطبراني في المعجم الأوسط (١٤٩٨).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

(٥) في (م): «والملاقح».

(٦) أخرجه الطبراني (١١٥٨١). وضعفه ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٩).

(٧) نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٦/ ٢٩٧).

(٨) ليس في (م).

(٩) ليس في (م).

(١٠) في (م): «يبين».

(١١) في (م) ـ في الموضعين: «الحصاة».

وَقِيلَ أَيْضًا: إِنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا وَقَعَتِ الْحَصَى مِنْ يَدِي فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ، وَهَذَا قِمَارٌ.

١٩٥٤ وَأَمَّا بَيْعُ حَبَلِ الْحَبَلَةِ:

فَفِيهِ تَأْوِيلَانِ:

(أ) أَحَدُهُمَا:

أَنَّه كَانَتْ بُيُوعًا يُؤَجِّلُونَهَا إِلَى أَنْ تُنْتِجَ النَّاقَةُ (مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ تنْتِجُ مَا فِي بَطْنِهَا، وَالْغَرَرُ مِنْ جِهَةِ الْأَصْلِ[١] فِي هَذَا بَيِّنٌ.

(ب) وَقِيلَ:

إِنَّمَا هُوَ بَيْعُ جَنِينِ النَّاقَةِ)[٢].

وَهو[٣] مِنْ بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ (الْمَضَامِينِ، وَالْمَلَاقِيحِ)[٤].

وَالْمَضَامِينُ: هِيَ مَا فِي بُطُونِ الْحَوَامِلِ.

وَالْمَلَاقِيحُ: مَا فِي ظُهُورِ الْفُحُولِ[٥].

فَهَذِهِ كُلُّهَا بُيُوعٌ جاهِلِيَّةٍ [ب/٣٠٧و] مُتَّفَقٌ عَلَى تَحْرِيمِهَا، وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ مِنْ جهة تِلْكَ الْأَوْجُهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.

١٩٥٥ وَأَمَّا بَيْعُ الثِّمَارِ:

فَإِنَّهُ ثَبَتَ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِهَا، حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وَحَتَّى تُزْهِيَ»[٦].

وَيَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ، نَذْكُرُ نَحْنُ مِنْهَا عُيُونَهَا.

وَذَلِكَ: أَنَّ بَيْعَ الثِّمَارِ لَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ قَبلَ أَنْ (تُخَلَّقَ أَوْ بَعْدَ أَنْ تُخَلَّقَ.

---

(١) في (أ): «الأصول».
(٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(٣) في (م): «وهذا».
(٤) في (م): «المضامن والملاقح».
(٥) ينظر: «غريب الحديث»، لأبي عبيدٍ (١/ ٢٦٢).
(٦) تقدم تخريجه.

ثُمَّ إِذَا خُلِّقَتْ: لَا يَخْلُو [أ/٣٥١و] أَنْ تَكُونَ بَعْدَ الصِّرَامِ أَوْ قَبْلَهُ.

ثُمَّ إِذَا كَانَ قَبْلَ الصِّرَامِ: فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ قَبْلَ أَنْ)[١] تُزْهِيَ أَوْ بَعْدَ أَنْ تُزْهِيَ.

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ بَيْعًا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ، أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ.

١٩٥٦ أَمَّا **الْقِسْمُ الْأَوَّلُ** ـ وَهُوَ بَيْعُ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ تُخَلَّقَ:

فَجَمِيعُ الْعُلَمَاءِ[٢] **متفقون** عَلَى مَنْعِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخَلَّقْ، وَمِنْ بَابِ بَيْعِ السِّنِينَ وَالْمُعَاوَمَةِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ، وَعَنْ بَيْعِ الْمُعَاوَمَةِ»[٣]، وَهِيَ بَيْعُ الشَّجَرِ أَعْوَامًا.

إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﵁، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ﵄ أَنَّهُمَا كَانَا يُجِيزَانِ بَيْعَ الثِّمَارِ سِنِينَ[٤].

١٩٥٧ وَأَمَّا بَيْعُهَا بَعْدَ الصِّرَامِ:

فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ.

١٩٥٨ وَأَمَّا بَيْعُهَا بَعْدَ أَنْ خُلِّقَتْ:

فَأَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي نَذْكُرُهُ، إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَٰنِ، وَعَنْ عِكْرِمَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الصِّرَامِ[٥].

فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ الْجُمْهُورِ: إِنَّهُ يَجُوزُ قَبْلَ الصِّرَامِ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ بَعْدَ أَنْ تُزْهِيَ أَوْ قَبْلَ أَنْ تُزْهِيَ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) نقله ابن عبد البر في «التمهيد» (١٣/ ٣١٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال ابن عبد البر: «وما روي عن عمر وابن الزبير: فلا يعلم أحدًا من العلماء تابعهم على ذلك». «الاستذكار» (٦/ ٣٠٦).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٠٤).

وَقَدْ قُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ بَيْعًا مُطْلَقًا، أَوْ بَيْعًا بِشَرْطِ الْقَطْعِ، أَوْ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ.

١٩٥٩ فَأَمَّا بَيْعُهَا قَبْلَ الزَّهْوِ، بِشَرْطِ الْقَطْعِ:

فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ؛ إِلَّا مَا رُوِيَ عَنِ الثَّوْرِيِّ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى مِنْ مَنْعِ ذَلِكَ، وَهِيَ رِوَايَةٌ ضَعِيفَةٌ(١).

١٩٦٠ وَأَمَّا بَيْعُهَا قَبْلَ الزَّهْوِ، بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ:

فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، إِلَّا مَا ذَكَرَهُ اللَّخْمِيُّ(٢) مِنْ جَوَازِهِ [ب/٣٠٧ظ]؛ تَخْرِيجًا عَلَى الْمَذْهَبِ (فِي جَوَازِ بَيْعِ الْإِمَاءِ بِشَرْطِ الْعُهْدَةِ)(٣).

١٩٦١ وَأَمَّا بَيْعُهَا قَبْلَ الزَّهْوِ مُطْلَقًا:

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ:

فَجُمْهُورُهُمْ - عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ - مَالِكٌ(٤)، وَالشَّافِعِيُّ(٥)، وَأَحْمَدُ(٦)، وَإِسْحَاقُ، وَاللَّيْثُ، وَالثَّوْرِيُّ، وَغَيْرُهُمْ(٧).

---

(١) قال ابن عبد البر: «قد روي عن الثوري وابن أبي ليلى أنه لا يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها على كل حال من الأحوال، اشترط قطعها أو لم يشترط. والأول أشهر عنهما: أنه جائز بيعها على القطع قبل بدو صلاحها».

(٢) كذا في (م). وفي بقية النسخ: «النخعي». والمثبت الصواب. ينظر: «التبصرة»، للخمي (٦٢٨٩٩).

قال القاضي عبد الوهاب: «بيع الثمار بعد بدو صلاحها جائز مطلقًا، وبشرط التبقية والقطع وإطلاقها يقتضي التبقية. فأما قبل البدو: فيجوز بشرط القطع، ولا يجوز مطلقًا، ولا بشرط التبقية». «التلقين» (ص٣٧٢).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) ينظر: «التلقين» (ص٣٧٢)، «التاج والإكليل» (٤/ ٥٠٠).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٠٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٨٨).

(٦) ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (٥/ ٦٥)، «الإقناع»، للحجاوي (٢/ ١٢٩).

(٧) كما في: «الأوسط» (١٠/ ٥٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): يَجُوزُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ عِنْدَهُ فِيهِ الْقَطْعُ: لَا مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ بَيْعُ مَا لَمْ يَرَهُ، بَلْ مِنْ جِهَةِ أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ عِنْدَهُ فِي بَيْعِ الثَّمَرِ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَعْدُ.

أَمَّا دَلِيلُ الْجُمْهُورِ عَلَى مَنْعِ بَيْعِهَا مُطْلَقًا قَبْلَ الزَّهْوِ:

فَالْحَدِيثُ الثَّابِتُ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ»(٢).

فَعُلِمَ أَنَّ مَا بَعْدَ الْغَايَةِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْغَايَةِ، وَأَنَّ هَذَا النَّهْيَ يَتَنَاوَلُ الْبَيْعَ الْمُطْلَقَ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ.

وَلَمَّا ظَهَرَ لِلْجُمْهُورِ أَنَّ الْمَعْنَى فِي هَذَا خَوْفُ مَا يُصِيبُ الثِّمَارَ مِنَ الْجَائِحَةِ غَالِبًا قَبْلَ [أ/٣٥١ظ] أَنْ تُزْهِيَ؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ بَعْدَ نَهْيِهِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ الزَّهْوِ: **«أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ تَعَالَى الثَّمَرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»**(٣)، لَمْ يَحْمِلِ الْعُلَمَاءُ النَّهْيَ فِي هَذَا عَلَى الْإِطْلَاقِ ـ أَعْنِي: النَّهْيَ عَنِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْإِزْهَاءِ ـ بَلْ رَأَى أَنَّ مَعْنَى النَّهْيِ هُوَ بَيْعُهُ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ إِلَى الْإِزْهَاءِ، فَأَجَازُوا بَيْعَهَا قَبْلَ الْإِزْهَاءِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ.

وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَرَدَ الْبَيْعُ مُطْلَقًا فِي هَذِهِ الْحَالِ: هَلْ يُحْمَلُ عَلَى الْقَطْعِ ـ وَهُوَ الْجَائِزُ، أَوْ عَلَى التَّبْقِيَةِ الْمَمْنُوعَةِ؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).
قال الكاساني: «وكذا بيع الثمر، والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدوم، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك». «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٨). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٢٥).

(٢) أخرجه البخاري (١٤٨٧)، ومسلم (١٥٣٤).
قال الكاساني: «وكذا بيع الثمر، والزرع قبل ظهوره؛ وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك». «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٨). وينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٢٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٨)، ومسلم (١٥٥٥).

فَمَنْ حَمَلَ الْإِطْلَاقَ عَلَى التَّبْقِيَةِ، أَوْ رَأَى أَنَّ النَّهْيَ يَتَنَاوَلُهُ بِعُمُومِهِ قَالَ: لَا يَجُوزُ.

وَمَنْ حَمَلَهُ عَلَى الْقَطْعِ قَالَ: يَجُوزُ.

وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ: أَنَّ الْإِطْلَاقَ مَحْمُولٌ عَلَى التَّبْقِيَةِ.

([1]) وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَطْعِ. [ب/٣٠٨و]

وَأَمَّا الْكُوفِيُّونَ: فَحُجَّتُهُمْ فِي بَيْعِ الثِّمَارِ مُطْلَقًا، قَبْلَ أَنْ تُزْهِيَ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الثَّابِتُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ**»[2].

قَالُوا: فَلَمَّا جَازَ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ جَازَ بيعُهُ مُفْرَدًا.

وَحَمَلُوا الْحَدِيثَ الْوَارِدَ بِالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ تُزْهِيَ عَلَى النَّدْبِ. وَاحْتَجُّوا لِذَلِكَ: بِمَا رُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ قَالَ: «كَانَ النَّاسُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ يَتَبَايَعُونَ الثِّمَارَ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، فَإِذَا جَدَّ النَّاسُ وَحَضَرَ تَقَاضِيهِمْ، قَالَ الْمُبْتَاعُ: أَصَابَ الثَّمَرَ الدُّمَانُ، أَصَابَهُ[3] قُشَامٌ ومِراض - لِعَاهَاتٍ يَذْكُرُونَهَا - فَلَمَّا كَثُرَتْ خُصُومَتُهُمْ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ كَالْمَشُورَةِ يُشِيرُ بِهَا عَلَيْهِمْ: **لَا تَبِيعُوا الثَّمَرَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا**»[4].

وَرُبَّمَا قَالُوا: إِنَّ الْمَعْنَى الَّذِي دَلَّ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ فِي قَوْلِهِ: «**حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ**»: هُوَ ظُهُورُ الثَّمَرَةِ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟**»[5].

١٩٦٢ وَقَدْ كَانَ يَجِبُ عَلَى مَنْ قَالَ مِنَ الْكُوفِيِّينَ بِهَذَا الْقَوْلِ، وَلَمْ يَكُنْ

---

(١) هنا خرم قدر لوحة في النسخة (م)، ولعل هذا الخرم من التصوير، حيث إن رقم اللوحة الساقطة غير موجود.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥٤٣).

(٣) في (ب): «إصابة من إصابة».

(٤) أخرجه البخاري (٢١٩٣).

(٥) تقدم تخريجه.

يَرَى رَأْيَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ بَيْعِ الثِّمَارِ الْقَطْعَ ـ أَنْ يُجِيزَ بَيْعَ الثِّمَارِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا عَلَى شَرْطِ التَّبْقِيَةِ.

وَالْجُمْهُورُ يَحْمِلُونَ جَوَازَ بَيْعِ الثِّمَارِ بِالشَّرْطِ قَبْلَ الْإِزْهَاءِ عَلَى الْخُصُوصِ ـ أَعْنِي: إِذَا بِيعَ الثَّمَرُ مَعَ الْأَصْلِ.

١٩٦٣ وَأَمَّا شِرَاءُ الثَّمَرِ مُطْلَقًا بَعْدَ الزَّهْوِ:

فَلَا خِلَافَ فِيهِ.

وَالْإِطْلَاقُ فِيهِ عِنْدَ جُمْهُورِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ يَقْتَضِي التَّبْقِيَةَ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: **«أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ..»** الْحَدِيثَ(١).

وَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْهُ: أَنَّ الْجَوَائِحَ إِنَّمَا تَطْرَأُ فِي الْأَكْثَرِ عَلَى الثِّمَارِ قَبْلَ [أ/٣٥٢و] بُدُوِّ الصَّلَاحِ، وَأَمَّا بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ: فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي الْقَلِيلِ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ فِي البيع بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ (لَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ جَائِحَةٌ، وَكَانَ هَذَا الشَّرْطُ [ب/٣٠٨ظ] بَاطِلًا.

وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ: فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُمْ بَيْعُ الثَّمَرِ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ)(٢).

وَالْإِطْلَاقُ عِنْدَهُمْ كَمَا قُلْنَا ـ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَطْعِ، وَهُوَ خِلَافُ مَفْهُومِ الْحَدِيثِ. وَحُجَّتُهُمْ: أَنَّ نَفْسَ بَيْعِ الشَّيْءِ يَقْتَضِي تَسْلِيمَهُ وَإِلَّا لَحِقَهُ الْغَرَرُ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ أَنْ تُبَاعَ الْأَعْيَانُ إِلَى أَجَلٍ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ بَيْعَ الثِّمَارِ مُسْتَثْنًى مِنْ بَيْعِ الْأَعْيَانِ إِلَى أَجَلٍ، لِكَوْنِ الثَّمَرِ لَيْسَ يُمْكِنُ أَنْ يَيْبَسَ كُلُّهُ دُفْعَةً.

فَالْكُوفِيُّونَ خَالَفُوا الْجُمْهُورَ فِي بَيْعِ الثِّمَارِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: فِي جَوَازِ بَيْعِهَا قَبْلَ أَنْ تُزْهِيَ.

وَالثَّانِي: فِي مَنْعِ تَبْقِيَتِهَا بِالشَّرْطِ بَعْدَ الْإِزْهَاءِ، أَوْ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ.

وَخِلَافُهُمْ فِي الْمَوْضِعِ الْأَوَّلِ أَقْوَى مِنْ خِلَافِهِمْ فِي الْمَوْضِعِ الثَّانِي ـ أَعْنِي: فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَإِنْ أَزْهِيَ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

وَإِنَّمَا كَانَ خِلَافُهُمْ فِي الْمَوْضِعِ الْأَوَّلِ أَقْوى، لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْجَمْعِ بَيْنَ حَدِيثَي ابْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمَيْنِ، ولِأَنَّ ذَلِكَ أَيْضًا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ[(١)].

وَأَمَّا بُدُوُّ الصَّلَاحِ الَّذِي جوَّزَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْبَيْعَ بَعْدَهُ، فَهُوَ أَنْ يَصْفَرَّ فِيهِ الْبُسْرُ، وَيَسْوَدَّ فِيهِ الْعِنَبُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَسْوَدُّ.

وَبِالْجُمْلَةِ: أَنْ يَظْهَرَ فِي الثَّمَرِ صِفَةُ الطِّيبِ.

هَذَا هُوَ قَوْلُ جَمَاعَةِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[(٢)]، لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ[(٣)]، عَنْ حُمَيْدٍ، عَنْ أَنَسٍ: «أَنَّهُ ﷺ سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ حَتَّى تُزْهِيَ، فَقَالَ: **حَتَّى تَحْمَرَّ**». وَرُوِيَ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «(أَنَّهُ)[(٤)] نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ، وَالْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ»[(٥)]، وَكَانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ - فِيما رواه مَالِكٍ[(٦)] عَنْهُ - لَا يَبِيعُ ثِمَارَهُ حَتَّى تَطْلُعَ الثُّرَيَّا، وَذَلِكَ لِاثْنَتَيْ عَشْرَةَ لَيْلَةً مِنْ «أَيَّارَ»، وَهُوَ مَايُو، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ أَيْضًا[(٧)].

سُئِلَ عَنْ «قَوْلِ رَسُولِ اللهِ ﷺ[(٨)] عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَاتِ»[(٩)]، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ: ذَلِكَ وَقْتُ طُلُوعِ الثُّرَيَّا»[(١٠)]

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [ب/٣٠٩و] قَالَ: «**إِذَا طَلَعَ النَّجْمُ صَبَاحًا رُفِعَتِ الْعَاهَاتُ عَنْ أَهْلِ الْبَلَدِ**»[(١١)].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ينظر: «فتح القدير»، لابن الهمام (٦/ ٢٩٠)، «التلقين» (ص٣٧٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٥٥٨)، «الإنصاف»، للمرداوي (٥/ ٨٠).

(٣) «موطأ مالك» (٢/ ٦١٨)، ومن طريقه: أخرجه البخاري (٢١٩٥)، ومسلم (١٥٥٥).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٣٧١)، والترمذي (١٢٢٨) وقال: (حسن غريب).

(٦) «موطأ مالك» (٢/ ٦١٩).

(٧) أخرجه البخاري (٢١٩٣).

(٨) زاد في المطبوع: «إِنَّهُ نَهَى».

(٩) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

(١٠) مسند أحمد (٥٠١٢).

(١١) رواه أحمد (١٤/ ١٩٢)، من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُبَاعَ الْحَائِطُ، وَإِنْ لَمْ يَزْهُ إِذَا أَزْهَى مَا حَوْلَهُ مِنَ الْحِيطَانِ إِذَا كَانَ الزَّمَانُ قَدْ أُمِنَتْ فِيهِ الْعَاهَةُ، يُرِيدُ - وَاللهُ أَعْلَمُ - طُلُوعَ الثُّرَيَّا، إِلَّا أَنَّ الْمَشْهُورَ عَنْهُ: أَنَّهُ لَا يُبَاعُ حَائِطٌ حَتَّى يَبْدُوَ فِيهِ الزَّهْوُ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ مَعَ الْإِزْهَاءِ طُلُوعُ الثُّرَيَّا.

١٩٦٤ فَالْمُتَحَصَّلُ فِي بُدُوِّ الصَّلَاحِ للفقهاء ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أ) قَوْلٌ: إِنَّهُ الْإِزْهَاءُ، وَهُوَ [أ/٣٥٢ظ] الْمَشْهُورُ.

(ب) وَقَوْلٌ: إِنَّهُ طُلُوعُ الثُّرَيَّا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْحَائِطِ (فِي حِينِ الْبَيْعِ إِزْهَاءٌ.

(ج) وَقَوْلٌ: الْأَمْرَانِ جَمِيعًا.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ مِنِ اعْتِبَارِ الْإِزْهَاءِ، لقول مَالِكٌ: إِنَّهُ إِذَا كَانَ فِي الْحَائِطِ)[1] الْوَاحِدِ بِعَيْنِهِ أَجْنَاسٌ مِنَ الثِّمَارِ مُخْتَلِفَةُ الطِّيبِ، لَمْ يُبَعْ كُلُّ صِنْفٍ مِنْهَا إِلَّا بِظُهُورِ الطِّيبِ فِيهِ، وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ اللَّيْثُ[2].

وَأَمَّا الْأَنْوَاعُ الْمُتَقَارِبَةُ الطِّيبِ: فَيَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِطِيبِ الْبَعْضِ، وَبُدُوُّ الصَّلَاحِ الْمُعْتَبَرُ عند مَالِكٍ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ الثَّمَرِ، هُوَ وُجُودُ الْإِزْهَاءِ فِي بَعْضِهِ لَا فِي كُلِّهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الْإِزْهَاءُ مُبَكِّرًا فِي بَعْضِهِ تَبْكِيرًا يَتَرَاخَى عَنْهُ الْبَعْضُ بَلْ إِذَا كَانَ مُتَتَابِعًا، لِأَنَّ الْوَقْتَ الَّذِي تَنْجُو الثَّمَرَةُ فِيهِ فِي الْغَالِبِ مِنَ الْعَاهَاتِ هُوَ إِذَا بَدَأَ الطِّيبُ فِي الثَّمَرَةِ ابْتِدَاءً مُتَنَاسِقًا غَيْرَ مُنْقَطِعٍ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِذَا بَدَا الطِّيبُ فِي نَخْلَةِ بُسْتَانٍ جازَ بَيْعُهُ وَبَيْعُ الْبَسَاتِينِ الْمُجَاوِرَةِ لَهُ إِذَا كَانَ نَخْلُ الْبَسَاتِينِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[3]: لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ نَخْلِ الْبُسْتَانِ الَّذِي ظَهَرَ فِيهِ الطِّيبُ

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب). (٢) ينظر: «التمهيد» (٢٠/ ١٥٥).

(٣) قال الرافعي: «ولو باع نخلات طلع بعضها مؤبر وطلع البعض غير مؤبر فلها حالتان: =

فَقَطْ. وَمَالِكٌ اعْتَبَرَ الْوَقْتَ الَّذِي تُؤْمَنُ فِيهِ الْعَاهَةُ إِذَا كَانَ الْوَقْتُ وَاحِدًا لِلنَّوْعِ [ب/ ٣٠٩ظ] الْوَاحِدِ.

وَالشَّافِعِيُّ اعْتَبَرَ نُقْصَانَ خِلْقَةِ الثَّمَرِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَطِبْ كَانَ مِنْ باب بَيْعِ مَا لَمْ يُخَلَّقْ.

وَذَلِكَ: أَنَّ صِفَةَ الطِّيبِ فِيهِ ـ وَهِيَ الْمُشْتَرَاةُ لَمْ تُخَلَّقْ بَعْدُ، لَكِنَّ هَذَا كَمَا قَالَ: لَا يُشْتَرَطُ فِي كُلِّ الثَّمَرَةِ بَلْ فِي بَعْضِ ثَمَرَةِ جَنَّةٍ[1] وَاحِدَةٍ، وَهَذَا لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ، فَهَذَا هُوَ مَشْهُورُ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنْ بَيْعِ الثِّمَارِ.

١٩٦٥ وَمِنَ الْمَسْمُوعِ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنْ هَذَا الْبَابِ:

مَا جَاءَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ مِنَ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ، وَالْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْعُلَمَاءَ **اتَّفَقُوا**[2] عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا دُونَ السُّنْبُلِ، لِأَنَّهُ بِيعَ مَا لَمْ تُعْلَمْ صِفَتُهُ وَلَا كَثْرَتُهُ.

١٩٦٦ وَاخْتَلَفُوا فِي بَيْعِ السُّنْبُلِ نَفْسِهِ مَعَ الْحَبِّ:

فَجَوَّزَ ذَلِكَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ: مَالِكٌ[3]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[4]، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ، وَأَهْلُ الْكُوفَةِ[5].

= إحداهما: أن يكون في بستان واحد، فينظر إن اتحد النوع وباعها صفقة واحدة فالحكم ـ كما في النخلة الواحدة إذا أبر بعض ثمرها دون بعض، وإن أفرد ما لم يؤبر طلعه فوجهان». «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ٤٩). وينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٥٥٧).

(١) في (ب): «حبة».

(٢) وافقه على نقل الإجماع: العيني في «البناية شرح الهداية» (٨/ ٤٣).

(٣) ينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ١٦).

(٤) ينظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٢٦)، «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٧).

(٥) «الإشراف»، لابن المنذر (٦/ ٢٦).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١)]: لَا يَجُوزُ بَيْعُ السُّنْبُلِ نَفْسِهِ وَإِنِ اشْتَدَّ، لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ، وَقِيَاسًا عَلَى بَيْعِهِ مَخْلُوطًا بِتِبْنِهِ بَعْدَ الدَّرْسِ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ شَيْئَانِ:

الْأَثَرُ، وَالْقِيَاسُ.

فَأَمَّا الْأَثَرُ:

فَمَا رُوِيَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخِيلِ حَتَّى تُزْهِيَ، [أ/٣٥٣و] وَعَنِ السُّنْبُلِ حَتَّى تَبْيَضَّ، وَيَأْمَنَ من الْعَاهَة، نَهى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ»[(٢)]، وَهِيَ زِيَادَةٌ عَلَى مَا رَوَاهُ مَالِكٌ مِنْ هَذَا الْحَدِيثِ، وَالزِّيَادَةُ (إِذَا كَانَتْ مِنَ الثِّقَةِ مَقْبُولَةٌ[(٣)].

وَرُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ لَمَّا وَصَلَتْهُ هَذِهِ الزِّيَادَةُ)[(٤)] رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ قِيَاسٌ مَعَ وُجُودِ الْحَدِيثِ[(٥)].

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الخطيب البغدادي: «قال الجمهور من الفقهاء وأصحاب الحديث: زيادة الثقة مقبولة، إذا انفرد بها». «الكفاية في علم الرواية» (ص٤٢٤).
وقيل: لا تقبل مطلقًا، وقيل: تقبل إن زادها غير من رواه ناقصًا، ولا تقبل ممن رواه مرة ناقصًا. والتحقيق: أنها تقبل ما لم تخالف رواية من هو أوثق. ينظر: «تدريب الراوي» (١/ ٢٨٥)، «شرح نخبة الفكر»، للقاري (ص٣١٥).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) قال الماوردي عن هذا الأصل: «القسم السابع أن تبلغه [أي: الشافعي] سنَّة لم تثبت عنده وقد عمل بالقياس، فيجعل قوله من بعد موقوفًا على ثبوت السُّنَّة، كالذي جاءت به السُّنَّة من الصيام عن الميت والغسل من غسل الميت، رويا له من طريقين ضعيفين، فقال بموجب القياس بأن لا صيام عن الميت، ولا غسل من غسله، ثم قال: «إن صح الحديث قلت به».
فأظهر موجب القياس، وأوجب العدول عنه إن صح الحديث. وقال: كل قول قلته، فثبت عن النبي ﷺ».

[ب/ ٣١٠و]

١٩٦٧ وَأَمَّا بَيْعُ السُّنْبُلِ إِذَا أُفْرِكَ وَلَمْ يَشْتَدَّ:

فَلَا يَجُوزُ (عِنْدَ[١] مَالِكٍ إِلَّا عَلَى الْقَطْعِ.

١٩٦٨ وَأَمَّا بَيْعُ السُّنْبُلِ غَيْرَ مَحْصُودٍ:

فَقِيلَ عَنْ مَالِكٍ: يَجُوزُ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي حُزَمِهِ.

١٩٦٩ وَأَمَّا بَيْعُهُ فِي تِبْنِهِ بَعْدَ الدَّرْسِ:

فَلَا يَجُوزُ[٢][٣] (بِلَا خِلَافٍ ـ فِيمَا أَحْسَبُ، هَذَا إِذَا كَانَ)[٤] جُزَافًا.

١٩٧٠ فَأَمَّا إِذَا كَانَ مَكِيلًا:

فَجَائِزٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَلَا أَعْرِفُ فِيهِ قَوْلًا لِغَيْرِهِ.

١٩٧١ وَاخْتَلَفَ الَّذِينَ أَجَازُوا بَيْعَ السُّنْبُلِ إِذَا طَابَ عَلَى مَنْ يَكُونُ حَصَادُهُ وَدَرْسُهُ:

فَقَالَ الْكُوفِيُّونَ: عَلَى الْبَائِعِ حَتَّى يَعْمَلَهُ حَبًّا لِلْمُشْتَرِي.

وَقَالَ غَيْرُهُمْ: هُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي.

وَمِنْ هَذَا)[٥] [م/ ١٩٣ظ] الْبَابِ: مَا ثَبَتَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»[٦].

وَذَلِكَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، وَحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ.

قَالَ أَبُو عُمَرَ: وَكُلُّهَا مِنْ نَقْلِ الْعُدُولِ[٧].

---

(١) من هنا يبدأ خرم في (أ). (٢) زاد بعدها في المتن.

(٣) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ب). والأولى حذف الزيادة من المتن.

(٥) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م)، وهو قدر لوحة.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠).

١٩٧٢ **فَاتَّفَقَ**[١] **الْفُقَهَاءُ** عَلَى الْقَوْلِ بِمُوجَبِ هَذَا الْحَدِيثِ عُمُومًا.

١٩٧٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِي التَّفْصِيلِ:

أَعْنِي: فِي الصُّورَةِ الَّتِي يَنْطَلِقُ عَلَيْهَا هَذَا الِاسْمُ مِنَ الَّتِي لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهَا - **وَاتَّفَقُوا** أَيْضًا عَلَى بَعْضِهَا.

وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ عَلَى وُجُوهٍ ثلاثة:

(أ) أَحَدُهَا: إِمَّا فِي مَثْمُونَيْنِ بِثَمَنَيْنِ.

(ب) أَوْ في مَثْمُونٍ وَاحِدٍ بِثَمَنَيْنِ.

(ج) أَوْ في مَثْمُونَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، عَلَى أَنَّ أَحَدَ الْبَيْعَتَيْنِ قَدْ لَزِمَ.

١٩٧٤ أَمَّا فِي مَثْمُونَيْنِ بِثَمَنَيْنِ:

فَإِنَّ ذَلِكَ يُتَصَوَّرُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ هَذا الغلام بِثَمَنِ كَذَا عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي هَذِهِ الدَّارَ بِثَمَنِ كَذَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ هَذِهِ السِّلْعَةَ بِدِينَارٍ وهَذِهِ الْأُخْرَى بِدِينَارَيْنِ.

١٩٧٥ وَأَمَّا بَيْعُ مَثْمُونٍ وَاحِدٍ بِثَمَنَيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُتَصَوَّرُ أَيْضًا عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الثَّمَنَيْنِ نَقْدًا وَالْآخَرُ نَسِيئَةً، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ هَذَا الثَّوْبَ بعشرة نَقْدًا أو إلى أجل بعشرين.

والوجه الثاني:

أن يقول له: (أبيع منك)[٢] هذا الثوب نقدًا بثمن كذا عَلَى أَنْ أَشْتَرِيَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ كَذَا بِثَمَنٍ كَذَا.

---

(١) قال ابن عبد البر بعد ذكر روايات الحديث: «وكلها صحاح من نقل العدول، وقد تلقاها أهل العلم بالقبول إلا أنهم اتسعوا في تخريج وجوه هذا الحديث على معان كثيرة». «الاستذكار» (٦/ ٤٤٩).

(٢) في (م): «أشتري».

١٩٧٦ وَأَمَّا مَثْمُونَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ:

فَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ [ب/ ٣١٠ظ] بِثَمَنِ كَذَا.

(أ) أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ:

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ هَذِهِ الدَّارَ بِكَذَا عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي هَذَا الْغُلَامَ بِكَذَا:

فَنَصَّ الشَّافِعِيُّ(١) عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الثَّمَنَ فِي كِلَيْهِمَا يَكُونُ مَجْهُولًا، لِأَنَّهُ لَوْ أَفْرَدَ الْمَبِيعَيْنِ لَمْ يَتَّفِقَا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ فِي البيعتين فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ.

وَأَصْلُ الشَّافِعِيِّ فِي رَدِّ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ: إِنَّمَا هُوَ جَهْلُ الثَّمَنِ، أَوِ الْمَثْمُونِ.

(ب) وَأَمَّا الْوَجْهُ [أ/ ٣٥٣ظ] **الثَّانِي:**

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: أَبِيعُكَ هَذِهِ السِّلْعَةَ بِدِينَارٍ أَوْ هَذِهِ الْأُخْرَى بِدِينَارَيْنِ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ قَدْ لَزِمَ فِي أَحَدِهِمَا، **فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ الْجَمِيعِ**، وَسَوَاءٌ كَانَ النَّقْدُ(٢) وَاحِدًا أَوْ مُخْتَلِفًا.

وَخَالَفَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ(٣) فِي ذَلِكَ، فَأَجَازَهُ إِذَا كَانَ النَّقْدُ(٤) وَاحِدًا، وَعِلَّةُ مَنْعِهِ عِنْدَ الْجَمِيعِ: الْجَهْلُ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ مِنْ بَابِ سَدِّ الذَّرَائِعِ؛ لِأَنَّهُ مُمْكِنٌ أَنْ يَخْتَارَ فِي نَفْسِهِ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، فَيَكُونُ قَدْ بَاعَ ثَوْبًا وَدِينَارًا بِثَوْبٍ وَدِينَارٍ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ عَلَى أَصْلِ مَالِكٍ.

(ج) وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ:

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَبِيعُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِكَذَا وكذا نَقْدًا أَوْ نَسِيئَةً بِكَذَا وكذا.

---

(١) «الأم» (٧/ ٣٠٥).

(٢) في (م): «التقدير».

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٧/ ١٥).

(٤) في (م): «التقدير».

(١) فَهَذَا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ مِنْهُ لَازِمًا[١] وَاجِبًا: **فَلَا خِلَافَ** فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

(٢) وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْبَيْعُ لَازِمًا فِي أَحَدِهِمَا:

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ[٢].

وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤]، لِأَنَّهُمَا افْتَرَقَا عَلَى ثَمَنٍ غَيْرِ مَعْلُومٍ[٥].

وَجَعَلَهُ مَالِكٌ مِنْ بَابِ الْخِيَارِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَهُ عَلَى الْخِيَارِ لَمْ يُتَصَوَّرْ فِيهِ، نَدَمٌ يُوجِبُ تَحْوِيلَ أَحَدِ الثَّمَنَيْنِ فِي الْآخَرِ.

وَهَذَا عِنْدَ مَالِكٍ هُوَ الْمَانِعُ.

(فَعِلَّةُ امْتِنَاعِ هَذَا الْوَجْهِ الثَّالِثِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: مِنْ جِهَةِ جَهْلِ الثَّمَنِ، فَهُوَ عِنْدَهُمَا)[٦] مِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ الَّتِي نُهِيَ عَنْهَا.

وَعِلَّةُ امْتِنَاعِهِ عِنْدَ مَالِكٍ: سَدُّ الذَّرِيعَةِ الْمُوجِبَةِ لِلرِّبَا، لِإِمْكَانِ أَنْ يَكُونَ الَّذِي لَهُ الْخِيَارُ قَدِ اخْتَارَ أَوَّلًا إِنْفَاذَ الْعَقْدِ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ [ب/ ٣١١و] الْمُؤَجَّلِ أَوِ الْمُعَجَّلِ ثُمَّ بَدَا لَهُ وَلَمْ يَظْهَرْ ذَلِكَ، فَيَكُونُ قَدْ تَرَكَ أَحَدَ الثَّمَنَيْنِ لِلثَّمَنِ الثَّانِي، فَكَأَنَّهُ بَاعَ أَحَدَ الثَّمَنَيْنِ بِالثَّانِي، فَيَدْخُلُهُ ثَمَنٌ بِثَمَنٍ نَسِيئَةً، (أَوْ نَسِيئَةً)[٧] وَمُتَفَاضِلًا، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ نَقْدًا، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ غَيْرَ نَقْدٍ بَلْ طَعَامًا دَخَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ، وَهُوَ بَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ مُتَفَاضِلًا.

١٩٧٧ وَأَمَّا إِذَا قَالَ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا الثَّوْبَ نَقْدًا بِكَذَا عَلَى أَنْ تَبِيعَهُ

---

(١) من (أ)، وأشار في حاشية (ب): أنه الظاهر.

(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٥٢)، «مواهب الجليل» (٤/ ٤٠٥).

(٣) قال السمرقندي: «ولو باع وقال هو بالنسيئة كذا وبالنقد كذا فهو فاسد؛ لأن الثمن مجهول». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٤٦)، وينظر: «تبيين الحقائق» (٨/ ١٨٦).

(٤) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٩)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠). وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «الفروع»، لابن مفلح (٦/ ١٩١)، «الإنصاف»، للمرداوي (٤/ ٣٥٠).

(٥) في (م): «ممنوع».

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

(٧) من (م).

مِنِّي إِلَى أَجَلٍ، **فَهُوَ عِنْدَهُمْ لَا يَجُوزُ بِإِجْمَاعٍ**(١)، لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْعِينَةِ ـ وَهُوَ بَيْعُ الرَّجُلِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ـ وَيَدْخُلُهُ أَيْضًا عِلَّةُ جَهْلِ الثَّمَنِ.

وَأَمَّا إِذَا قَالَ (لَهُ: أَبِيعُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ بِدِينَارٍ، وَقَدْ لَزِمَهُ أَحَدُهُمَا أَيُّهُمَا اختار، وَافْتَرَقَا قَبْلَ)(٢) الْخِيَارِ، فَإِذَا كَانَ الثَّوْبَانِ مِنْ صِنْفَيْنِ وَهُمَا مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يُسْلَمَ أَحَدُهُمَا فِي الثَّانِي:

فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ مَالِكٍ(٣)، وَالشَّافِعِيِّ(٤) فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي [م/١٩٤و] سَلَمَةَ: إِنَّهُ يَجُوزُ(٥).

وَعِلَّةُ الْمَنْعِ الْجَهْلُ، وَالْغَرَرُ(٦).

١٩٧٨ وَأَمَّا إِنْ كَانَا مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ:

فَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ.

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ(٧).

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَإِنَّهُ [أ/٣٥٤و] أَجَازَهُ، لِأَنَّهُ يُجِيزُ الْخِيَارَ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ فِي الْأَصْنَافِ الْمُسْتَوِيَةِ لِقِلَّةِ(٨) الْغَرَرِ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ.

---

(١) خالف فيه الحكم وحماد، كانا لا يريان بأسًا أن يقول: أبيعك بالنسيئة بكذا وكذا وبالنقد بكذا وكذا ما لم يتفرقا. وكان الأوزاعي يقول: نأخذ بقول عطاء؛ فإني سمعته يقول: لا بأس بذلك، ولكن لا يفارقه حتى يبايعه إحدى البيعتين. ينظر: «الأوسط» (١٠/ ١١٤).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) ينظر: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ١٠٦)، «أسهل المدارك» (ص١٨٤).

(٤) ينظر: «منهاج الطالبين» (ص٤٥)، «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٥١).

(٥) ينظر: «الاستذكار» (٧/ ١٥).

(٦) ينظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٩٤).

(٧) لم يفصِّل الشافعية، ومنعوا صورة هذا البيع مطلقًا. ينظر: «منهاج الطالبين» (ص٤٥)، «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٥١).

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لعلة».

وَأَمَّا مَنْ لَا يُجِيزُهُ: فَيَعْتَبِرُهُ بِالْغَرَرِ الَّذِي لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُمَا افْتَرَقَا عَلَى مبيعٍ غَيْرِ مَعْلُومٍ.

١٩٧٩ وَبِالْجُمْلَةِ:

فَالْفُقَهَاءُ **مُتَّفِقُونَ** عَلَى أَنَّ الْغَرَرَ الْكَثِيرَ فِي الْمَبِيعَاتِ لَا يَجُوزُ، وَأَنَّ الْقَلِيلَ يَجُوزُ[(١)].

١٩٨٠ وَيَخْتَلِفُونَ فِي أَشْيَاءَ مِنْ أَنْوَاعِ الْغَرَرِ:

(فَبَعْضُهُمْ: يُلْحِقُهَا بِالْغَرَرِ الْكَثِيرِ.

وَبَعْضُهُمْ: يُلْحِقُهَا بِالْغَرَرِ الْقَلِيلِ الْمُبَاحِ لِتَرَدُّدِهَا)[(٢)] بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ.

فَإِذَا قُلْنَا بِالْجَوَازِ ـ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ، فَقَبْضُ الثَّوْب مِنَ الْمُشْتَرِي عَلَى أَنْ يَخْتَارَ فَهَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَصَابَهُ عَيْبٌ ممَّنْ مُصِيبة ذَلِكَ؟

فَقِيلَ: تَكُونُ الْمُصِيبَةُ بَيْنَهُمَا.

وَقِيلَ: بَلْ يَضْمَنُهُ كُلَّهُ الْمُشْتَرِي، إِلَّا أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عَلَى هَلَاكِهِ.

وَقِيلَ: فَرْقٌ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الثِّيَابِ وَمَا يُغابُ عَلَيْهِ، وَبَيْنَ مَا لَا يُغابُ عَلَيْهِ كَالْعَبْدِ، فَيُضَمَّنُ فِيمَا يُغابُ عَلَيْهِ، وَلَا يُضَمَّنُ فِيمَا لَا يُغابُ عَلَيْهِ.

وهَلْ يَلْزَمُهُ أَخْذُ الْبَاقِي؟

قِيلَ: يَلْزَمُ.

وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ، وَهَذَا يُذْكَرُ فِي أَحْكَامِ الْبُيُوعِ.

وَيَنْبَغِي أَنْ تَعْلَمَ أَنَّ الْمَسَائِلَ الدَّاخِلَةَ فِي هَذَا الْمَعْنَى، هِيَ:

أَمَّا عِنْدَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ فَمِنْ بَابِ الْغَرَرِ.

وَأَمَّا عِنْدَ مَالِكٍ:

---

(١) ينظر: «المعونة»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ١٠٣٢)، «الإقناع»، لابن القطَّان: (٢/ ٢٢٢).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

فَمِنْهَا: مَا يَكُونُ عِنْدَهُ مِنْ بَابِ ذَرَائِعِ الرِّبَا.

وَمِنْهَا: [ب/ ٣١١ظ] مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ.

فَهَذِهِ هِيَ الْمَسَائِلُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْمَنْطُوقِ بِهِ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَأَمَّا نَهْيُهُ عَنِ الثُّنْيَا(١)، وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ(٢)، فَهُوَ وَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ الْغَرَرُ، فَالْأَشْبَهُ أَنْ نَذْكُرَهَا فِي الْمَبِيعَاتِ الْفَاسِدَةِ مِنْ قِبَلِ الشُّرُوطِ.

فَصْلٌ

وَأَمَّا الْمَسَائِلُ الْمَسْكُوتُ عَنْهَا فِي هَذَا الْبَابِ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ فَكَثِيرَةٌ، لَكِنْ نَذْكُرُ مِنْهَا أَشْهَرَهَا، لِتَكُونَ كَالْقَانُونِ لِلْمُجْتَهِدِ النَّظَّارِ.

مَسْأَلَةٌ:

١٩٨١ الْمَبِيعَاتُ عَلَى نَوْعَيْنِ:

(أ) مَبِيعٌ حَاضِرٌ مَرْئِيٌّ، فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي بَيْعِهِ(٣).

(ب) وَمَبِيعٌ غَائِبٌ (أَوْ مُتَعَذِّرُ الرُّؤْيَةِ.

فَهُنَا)(٤) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ:

فَقَالَ قَوْمٌ: بَيْعُ الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ بِحَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ، لَا مَا وُصِفَ وَلَا مَا لَمْ يُوصَفْ.

وَهَذَا أَشْهَرُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عِنْدَ أَصْحَابِهِ(٥) - أَعْنِي أَنَّ بَيْعَ الْغَائِبِ عَلَى الصِّفَةِ لَا يَجُوزُ.

---

(١) مسلم: (١٥٣٦). قال ابن الأثير في «النهاية» (١/ ٢٢٤): «هي أن يستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسد.
وقيل: هو أن يباع شيء جزافًا فلا يجوز أن يستثنى منه شيء قل أو كثر».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص٨٤)، «الإقناع» (٢/ ٢١٢).

(٤) ما بين القوسين بيض مكانها في (م).

(٥) قال النووي: «**والأظهر**: أنه لا يصح بيع الغائب. **والثاني**: يصح ويثبت الخيار عند الرؤية». «منهاج الطالبين» (ص٤٥). وينظر: «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٥٥).

وَقَالَ مَالِكٌ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ(١): يَجُوزُ بَيْعُ الْغَائِبِ عَلَى الصِّفَةِ إِذَا كَانَتْ غَيْبَتُهُ مِمَّا يُؤْمَنُ أَنْ تَتَغَيَّرَ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ صِفَتُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ مِنْ غَيْرِ صِفَةٍ، ثُمَّ [أ/ ٣٥٤ظ] لَهُ إِذَا رَآهَا الْخِيَارُ، فَإِنْ شَاءَ أَنْفَذَ الْبَيْعَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ.

وَكَذَلِكَ الْمَبِيعُ عَلَى الصِّفَةِ (مِنْ شَرْطِهِ عِنْدَهُمْ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، وَإِنْ جَاءَ عَلَى الصِّفَةِ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِذَا جَاءَ عَلَى الصِّفَةِ)(٣) فَهُوَ لَازِمٌ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٤): أنه لَا يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ أَصْلًا فِي الْمَوْضِعَيْنِ(٥).

وَقَدْ قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: يَجُوزُ بَيْعُ الْغَائِبِ مِنْ غَيْرِ صِفَةٍ عَلَى شَرْطِ الْخِيَارِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، ووقَعَ ذَلِكَ فِي «الْمُدَوَّنَةِ»(٦)، وَأَنْكَرَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ، وَقَالَ: هُوَ مُخَالِفٌ لِأُصُولِنَا(٧).

---

(١) قال ابن عبد البر: «ولا يجوز النقد في بيع الغائب من الحيوان؛ إلا أن تكون الغيبة يسيرة نحو اليوم واليومين فلا بأس حينئذ بالنقد فيه. وانما وجه العمل في ذلك: أن يتواضع الثمن فإن وجد المبيع سالمًا على تلك الصفة لزم المبتاع، ولا خيار له، وقبض البائع ثمنه. وإن وجد على غير تلك الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع ورده». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٧٨). وينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٢٩٧).
ومذهب الحنابلة: عدم جواز بيع الغائب، وعن الإمام رواية بالجواز، ويثبت له خيار الرؤية. ينظر: «الإنصاف»، للمرداوي (١١/ ٩٨).

(٢) ينظر: «البناية شرح الهداية» (٨/ ٨١)، «درر الحكام» (٢/ ١٦٦).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) تقدم.

(٥) في (م): «المذهبين».

(٦) جاء في «المدونة» (٣/ ٢٥٥): «أرأيت رجلًا اشترى سلعة ولم يرها أله الخيار إذا رآها؟ قال: قال مالك: إذا وصفها وجلاها بنعتها وماهيتها، فأتى بها أو خرج إليها، فوجدها على الصفة التي وصفت له لزمه البيع وإن لم يكن رآها، فليس له أن يأبى ذلك عليه بعد أن يراها إذا كانت على الصفة التي وصفت له أن يقول: لا أرضاها».

(٧) ينظر: «المعونة»، للقاضي عبد الوهاب (ص٩٧٨).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ نُقْصَانُ الْعِلْمِ الْمُتَعَلِّقِ بِالصِّفَةِ عَنِ الْعِلْمِ الْمُتَعَلِّقِ بِالْحِسِّ(١) هُوَ جَهْلٌ مُؤَثِّرٌ فِي بَيْعِ الشَّيْءِ؛ فَيَكُونُ مِنَ الْغَرَرِ الْكَثِيرِ، أَمْ لَيْسَ بِمُؤَثِّرٍ، وَأَنَّهُ مِنَ الْغَرَرِ الْيَسِيرِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ؟

فَالشَّافِعِيُّ: رَآهُ مِنَ الْغَرَرِ الْكَثِيرِ.

وَمَالِكٌ: رَآهُ مِنَ الْغَرَرِ الْيَسِيرِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَإِنَّهُ [ب/٣١٢و] رَأَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ أَنَّهُ لَا غَرَرَ هُنَاكَ(٢)، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ رُؤْيَةٌ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَرَأَى أَنَّ الْجَهْلَ الْمُقْتَرِنَ بِعَدَمِ الصِّفَةِ مُؤَثِّرٌ فِي انْعِقَادِ الْبَيْعِ، وَلَا خِلَافَ عِنْدِ مَالِكٍ: أَنَّ الصِّفَةَ إِنَّمَا تَنُوبُ عَنِ الْمُعَايَنَةِ لِمَكَانِ غَيْبَةِ الْمَبِيعِ، أَوْ لِمَكَانِ الْمَشَقَّةِ الَّتِي فِي نَشْرِهِ، وَمَا يُخَافُ أَنْ يَلْحَقَهُ مِنَ الْفَسَادِ بِتَكْرَارِ النَّشْرِ(٣) عَلَيْهِ؛ وَلِهَذَا أَجَازَ الْبَيْعَ عَلَى الْبَرْنَامَجِ(٤) عَلَى الصِّفَةِ، وَلَمْ يَجُزْ عِنْدَهُ بَيْعُ السَّاجِ(٥) فِي جِرَابِهِ، وَلَا الثَّوْبِ الْمَطْوِيِّ فِي طَيِّهِ حَتَّى يُنْشَرَ، أَوْ يُنْظَرَ إِلَى مَا فِي أَجْوَافِهِمَا.

---

(١) في (م): «بالجنس».

(٢) في (م): «في ذلك».

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) البرنامج، بفتح الميم، فارسي معرب، وهو ألواح مجموعة يكتب فيها الحساب، كأنه بيع عدة أثواب على ما هي مكتوبة في البَرنامَج. ينظر: «تصحيح التحريف» (ص١٥٧)، «القاموس المحيط» (ص١٨٠).

(٥) في (م): «السفاج»، وفي المطبوع: «السلاح». والمثبت هو الصواب. قال الحطّاب: «وفي جواز بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة نقل اللخمي رواية محمد، قال في الأولى: على صفته أو على أن ينشره اللخمي إن كان لا مضرة في إخراجه من جرابه جرى على الخلاف في بيع الحاضر على الصفة، وإلا جرى على الخلاف في بيع البرنامج». «مواهب الجليل» (٤/٢٩٨). وينظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٧٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/٦٢٦).

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ[(١)] بِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ أَصْحَابُ النَّبِيِّ ﷺ [م/ ١٩٤ظ]: وَدِدْنَا أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، وَعَبْدَ الرَّحْمٰنِ بْنَ عَوْفٍ تَبَايَعَا حَتَّى نَعْلَمَ أَيُّهُمَا أَعْظَمُ جِدًّا فِي التِّجَارَةِ، فَاشْتَرَى عَبْدُ الرَّحْمٰنِ مِنْ عُثْمَانَ فَرَسًا بِأَرْضٍ لَهُ أُخْرَى بِأَرْبَعِينَ أَلْفًا أَوْ أَرْبَعَةِ آلَافٍ، فَذَكَرَ تَمَامَ الْخَبَرِ[(٢)].

وَفِيهِ: بَيْعُ الْغَائِبِ مُطْلَقًا، وَلَا بُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مِنَ اشْتِرَاطِ الْجِنْسِ.

وَيَدْخُلُ الْبَيْعُ عَلَى الصِّفَةِ، أَوْ عَلَى خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ غَائِبٌ غَرَرٌ آخَرُ، وَهُوَ هَلْ هُوَ مَوْجُودٌ وَقْتَ الْعَقْدِ أَوْ مَعْدُومٌ؟

وَلِذَلِكَ اشْتَرَطُوا[(٣)] فِيهِ أَنْ يَكُونَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَأْمُونًا كَالْعَقَارِ، وَمِنْ هَاهُنَا: أَجَازَ مَالِكٌ بَيْعَ الشَّيْءِ بِرُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ ـ أَعْنِي: إِذَا كَانَ مِنَ الْقُرْبِ بِحَيْثُ يُؤْمَنُ أَنْ تَتَغَيَّرَ فِيهِ[(٤)].

---

(١) ينظر: «المعتصر من المختصر من مشكل الآثار» (١/ ٣٥٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٤٢٤٠)، وتمام الخبر، وفيه محل الشاهد: فاشترى عبد الرحمٰن من عثمان فرسًا من أرض أخرى بأربعين ألف درهم ـ أو أربعة آلاف أو نحو ذلك ـ إن أدركتها الصفقة وهي سالمة ثم أجاز قليلًا، فرجع فقال: «أزيدك ستة آلاف إن وجدها رسولي سالمة؟» قال: نعم، فوجدها رسول عبد الرحمٰن قد هلكت، وخرج منها بالشرط الآخر، قال رجل للزهري: فإن لم يشرط؟ قال: «هي من مال البائع».

(٣) في (م): «شرط».

(٤) جاء في «المدونة» (٣/ ٢٥٥): «في اشتراء سلعة غائبة قد رآها أو وصفت له، أيكون له الخيار إذا رآها؟ قلت: أرأيت إذا نظر إلى دابة عند رجل فاشتراها بعد ذلك بعام أو عامين على غير صفة إلا على رؤيته أيجوز هذا في قول مالك أم لا؟

قال: إن كان أمرًا تكون فيه السلعة على حالها فلا بأس بذلك إذا لم يتباعد ذلك تباعدًا شديدًا.

قال: وإنما قال مالك: إذا نظر إلى السلعة فاشترى السلعة بعد نظره إليها فذلك جائز، وإنما قاله لنا مبهمًا، ولم يذكر لنا فيه الأجل البعيد ولا القريب؛ فأرى إذا تباعد شراؤه من نظره إليها حتى يتفاحش ذلك، ويعلم أنها لا تبلغ إلى ذلك الوقت من يوم نظر إليها حتى تتغير بزيادة أو نقصان أو ما أشبهه، فلا أرى أن يشتريها إلا على المواصفة أو على أن ينظر إليها، فإن رضي بذلك وإلا ترك».

مَسْأَلَةٌ:

١٩٨٢ وَأَجْمَعُوا[١] عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْأَعْيَانِ إِلَى أَجَلٍ.

وَأَنَّ مِنْ شَرْطِهَا: تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُبْتَاعِ بِأَثَرِ عَقْدِ الصَّفْقَةِ ـ إِلَّا أَنَّ مَالِكًا[٢]، وَرَبِيعَةَ، وَطَائِفَةً مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ[٣]: أَجَازُوا بَيْعَ الْجَارِيَةِ الرَّفِيعَةِ عَلَى [أ/ ٣٥٥و] شَرْطِ الْمُوَاضَعَةِ، وَلَمْ يُجِيزُوا فِيهَا النَّقْدَ، كَمَا لَمْ يُجِزْهُ مَالِكٌ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ.

وَإِنَّمَا مَنَعَ ذَلِكَ الْجُمْهُورُ: لِمَا يَدْخُلُهُ مِنَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، وَمِنْ عَدَمِ التَّسْلِيمِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مَنْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ مِنْ هَذَا الْبَابِ ـ أَعْنِي: [ب/ ٣١٢ظ] لِمَا يَتَعَلَّقُ من الْغَرَرِ مِنْ عَدَمِ التَّسْلِيمِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ـ لَا مِنْ بَابِ الرِّبَا، وَقَدْ تَكَلَّمْنَا فِي عِلَّةِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

١٩٨٣ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

مَا كَانَ يَرَى ابْنُ الْقَاسِمِ[٤]، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ مِنْ غَرِيمِهِ فِي دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ثَمرًا قَدْ بَدَا صَلَاحُهُ، وَيَرَاهُ مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَكَانَ أَشْهَبُ[٥] يُجِيزُ ذَلِكَ، وَيَقُولُ: إِنَّمَا الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ مَا لَمْ يَشْرَعْ فِي قَبْضِ شَيْءٍ مِنْهُ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ كَانَ يَرَى أَنَّ قَبْضَ الْأَوَائِلِ مِنَ الْأَثْمَانِ يَقُومُ مَقَامَ قَبْضِ الْأَوَاخِرِ.

وَهُوَ الْقِيَاسُ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنَ الْمَالِكِيِّينَ[٦].

---

(١) نقل الإجماع: ابن المنذر في «الأوسط» (١٠/ ٢٠٨)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢).

(٢) «المختصر الفقهي»، لابن عرفة: (٥/ ٢٩٠).

(٣) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢).

(٤) ينظر: «المدونة» (٢/ ٣٧٤).

(٥) ينظر: «النوادر والزيادات» (٥/ ٥).

(٦) ينظر: «الكافي»، لابن عبد البر (٢/ ٧٢٢).

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[١]، وَأَبِي حَنِيفَةَ[٢].

مَسْأَلَةٌ:

١٩٨٤ **أَجْمَعَ**[٣] **فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ** عَلَى بَيْعِ الثمر الَّذِي يُثْمِرُ بَطْنًا وَاحِدًا، يَطِيبُ بَعْضُهُ، وَإِنْ لَمْ تَطِبْ جُمْلَتُهُ مَعًا.

١٩٨٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا يُثْمِرُ بُطُونًا مُخْتَلِفَةً:

وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ[٤]:

أَنَّ الْبُطُونَ الْمُخْتَلِفَةَ لَا تَخْلُو أَنْ تَتَّصِلَ أَوْ لَا تَتَّصِلَ:

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تتصل:

لم يكن بَيْعُ مَا لَمْ يُخَلَّقْ مِنْهَا دَاخِلًا فِيمَا خُلِّقَ، كَشَجَرِ التِّينِ يُوجَدُ فِيهِ الْبَاكُورُ وَالْعَصِيرُ[٥].

ثُمَّ إِنِ اتَّصَلَتْ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ تَتَمَيَّزَ الْبُطُونُ أَوْ لَا تَتَمَيَّزُ.

فَمِثَالُ الْمُتَمَيِّزِ: جَزُّ الْقَصِيلِ الَّذِي يُجَزُّ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ.

وَمِثَالُ غَيْرِ الْمُتَمَيِّزِ: الْمَبَاطِخُ، وَالْمَقَاثِئُ، وَالْبَاذِنْجَانُ، وَالْقَرْعُ، فَفِي الَّذِي يَتَمَيَّزُ وَيَتَّصِلُ عَنْهُ[٦] رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْجَوَازُ.

وَالْأُخْرَى: الْمَنْعُ.

وَفِي الَّذِي يَتَّصِلُ وَلَا يَتَمَيَّزُ قَوْلٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْجَوَازُ، وَخَالَفَهُ الْكُوفِيُّونَ،

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ١٨١).

(٢) ينظر: «المبسوط»، للسرخسي (٢٣/ ١٣٢).

(٣) نقل الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (٦/ ١٥٦)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ٣٧).

(٤) ينظر: «النوادر والزيادات» (٦/ ١٨٨ ـ ١٨٩).

(٥) ليست في (م).

(٦) في (أ): «عند مالك».

وَالشَّافِعِيُّ[(١)]، وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ[(٢)]، فِي هَذَا كُلِّهِ، فَقَالُوا: لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَطْنٍ مِنْهَا بِشَرْطِ بَطْنٍ آخَرَ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ فِيمَا لَا يَتَمَيَّزُ: أَنَّهُ ثمن لَا يُمْكِنُ حَبْسُ أَوَّلِهِ عَلَى آخِرِهِ، فجاز أَنْ يُبَاعَ مَا لَمْ يُخَلَّقْ مِنْهَا مَعَ مَا خُلِّقَ وَبَدَا صَلَاحُهُ.

أَصْلُهُ: جَوَازُ بَيْعِ مَا لَمْ يَطِبْ مِنَ الثَّمَرِ مَعَ مَا طَابَ، لِأَنَّ الْغَرَرَ فِي الصِّفَةِ شَبَّهَهُ[(٣)] بِالْغَرَرِ فِي عَيْنِ الشَّيْءِ.

وَكَأَنَّهُ رَأَى أَنَّ الرُّخْصَةَ ـ هَاهُنَا ـ يَجِبُ أَنْ تُقَاسَ عَلَى الرُّخْصَةِ فِي بَيْعِ الثِّمَارِ، [ب/٣١٣و] ـ أَعْنِي: مَا طَابَ مَعَ مَا لَمْ يَطِبْ ـ لِمَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ: (أَنَّ مِنَ الْغَرَرِ مَا يَجُوزُ لِمَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، وَلِذَلِكَ مُنِعَ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عِنْدَهُ)[(٤)] بَيْعُ الْقَصِيلِ بَطْنًا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ هُنَالكَ إِذَا كَانَ مُتَمَيِّزًا. [أ/٣٥٥ظ]

وَأَمَّا وَجْهُ الْجَوَازِ فِي الْقَصِيلِ[(٥)]:

فَتَشْبِيهًا لَهُ بِمَا لَا يَتَمَيَّزُ. وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ: فَإِنَّ هَذَا كُلَّهُ عِنْدَهُمْ مِنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخَلَّقْ، وَمِنْ بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ مُعَاوَمَةً.

وَاللِّفْتُ، وَالْجزَرُ، وَالْكُرُنْبُ جَائِزٌ عِنْدَ مَالِكٍ بَيْعُهُ إِذَا بَدَا صَلَاحُهُ وَهُوَ اسْتِحْقَاقُهُ لِلْأَكْلِ، وَلَمْ يُجِزْهُ الشَّافِعِيُّ[(٦)] إِلَّا مَقْلُوعًا، لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ بَيْعِ الْمُغَيَّبِ.

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٦٣). وينظر: نص الإمام في «الأم» (٣/ ٨٢).
(٢) «مسائل أحمد وإسحاق» (٦/ ٢٦٢٧ ـ ٢٦٢٨).
(٣) في (م): «هو تشبيهه».
(٤) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٥٨)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٢).
(٥) هو ما قطع من الزرع أخضر.
(٦) ينظر: «تحفة المحتاج» (٥/ ١٧)، «حاشية الجمل» (٦/ ١٩٧).

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ بَيْعُ الْجَوْزِ، وَاللَّوْزِ[١]، وَالْبَاقِلَّا فِي قِشْرِهِ، أَجَازَهُ مَالِكٌ، وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ[٢].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: هَلْ هُوَ مِنَ الْغَرَرِ الْمُؤَثِّرِ فِي الْبُيُوعِ أَمْ لَيْسَ مِنَ الْمُؤَثِّرِ؟

وَذَلِكَ **أَنَّهُمُ اتَّفَقُوا**[٣] **أَنَّ الْغَرَرَ** [م/ ١٩٥و] يَنْقَسِمُ بِهَذَيْنِ الْقِسْمَيْنِ.

وَأَنَّ غَيْرَ الْمُؤَثِّرِ هُوَ الْيَسِيرُ، أَوِ الَّذِي تَدْعُو إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ، أَوْ مَا جَمَعَ الْأَمْرَيْنِ.

١٩٨٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: بَيْعُ[٤] السَّمَكِ فِي الْغَدِيرِ، أَوِ الْبِرْكَةِ، اخْتَلَفُوا فِيهِ أَيْضًا:

فَأَجازه أَبُو حَنِيفَةَ[٥].

وَمَنَعَهُ مَالِكٌ[٦]، ....

---

(١) في (ب): «والجزر».

(٢) قال النووي: «وأما ما له كمامان يزال أحدهما، ويبقى الآخر إلى وقت الأكل، كالجوز واللوز والرانج، فيجوز بيعه في القشر الأسفل، ولا يجوز في الأعلى، لا على الشجر، ولا على الأرض. وفي قول: يجوز في القشر الأعلى ما دام رطبًا. وبيع الباقلاء في القشر الأعلى، فيه هذا الخلاف». «روضة الطالبين» (٣/ ٥٦٠). وينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٦).

(٣) نقل الإجماع: النووي في «شرح صحيح مسلم» (١٠/ ١٥٦)، والقرطبي في «المفهم» (٤/ ٣٦٢).

(٤) ليست في (أ).

(٥) قال في «الجوهرة النيرة» (١/ ٢٠١): «اعلم أنه إذا باع سمكًا في حوض إن كان لم يأخذه قط لا يجوز له بيعه؛ لأنه باع ما لا يملك، وإن أخذه، ثم أرسله: جاز البيع إن كان يقدر على أخذه من غير صيد». وينظر: «البحر الرائق» (٦/ ٧٩).

(٦) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٣٦)، وقال النفراوي: «وما تقدم من منع بيع السمك في الماء؛ قيَّده بعض الشيوخ بما إذا لم يكن في محل محصور كبركة صغيرة، بحيث يتوصل إلى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها، وإلا جاز». «الفواكه الدواني» (٢/ ٩٣).

وَالشَّافِعِيُّ(١) - فِيمَا أَحْسَبُ، وَهُوَ الَّذِي يَقْتَضِي أُصُولُهُ.

وَمِنْ ذَلِكَ بَيْعُ(٢) الْآبِقِ أَجَازَهُ قَوْمٌ بِإِطْلَاقٍ، وَمَنَعَهُ قَوْمٌ بِإِطْلَاقٍ، وَمِنْهُمُ الشَّافِعِيُّ(٣).

وَقَالَ مَالِكٌ(٤): إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الصِّفَةِ مَعْلُومَ الْمَوْضِعِ عِنْدَ الْبَائِعِ، وَالْمُشْتَرِي جَازَ.

وَأَظُنُّهُ - اشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْإِبَاقِ وَيَتَوَاضَعَانِ الثَّمَنَ - أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَقْبِضُهُ الْبَائِعُ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُشْتَرِي - لِأَنَّهُ يَتَرَدَّدُ عِنْدَ الْعَقْدِ بَيْنَ سَلَفٍ وبَيْعٍ، وَهَذَا أَصْلٌ مِنْ أُصُولِهِ يَمْنَعُ بِهِ النَّقْدَ فِي بَيْعِ الْمُوَاضَعَةِ وَفِي بَيْعِ الْغَائِبِ غَيْرِ الْمَأْمُونِ، وَفِيمَا كَانَ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِجَوَازِ بَيْعِ الْآبِقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ: عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ(٥).

وَالْحُجَّةُ لِلشَّافِعِيِّ: حَدِيثُ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ، [ب/٣١٣ظ] عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ شِرَاءِ الْعَبْدِ الْآبِقِ، وَعَنْ شِرَاءِ مَا فِي بُطُونِ الْأَنْعَامِ حَتَّى تَضَعَ، وَعَنْ شِرَاءِ مَا فِي ضُرُوعِهَا، وَعَنْ شِرَاءِ الْغَنَائِمِ حَتَّى تُقَسَّمَ»(٦).

١٩٨٧ وَأَجَازَ مَالِكٌ بَيْعَ لَبَنِ الْغَنَمِ أَيَّامًا مَعْدُودَةً، إِذَا كَانَ مَا يُحْلَبُ مِنْهَا مَعْرُوفًا فِي الْعَادَةِ، وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ فِي الشَّاةِ الْوَاحِدَةِ.

وَقَالَ سَائِرُ الْفُقَهَاءِ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إِلَّا بِكَيْلٍ مَعْلُومٍ بَعْدَ الْحَلْبِ(٧).

---

(١) قال النووي: «وما تقدم من منع بيع السمك في الماء قيده بعض الشيوخ بما إذا لم يكن في محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل إلى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها، وإلا جاز». «روضة الطالبين» (٣/ ٣٥٨). وينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٢).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «الفروع» (٦/ ١٤٢)، «كشاف القناع» (٣/ ١٦٢).

(٢) ليست في (م).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٢).
وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «الفروع» (٦/ ١٤٢)، «كشاف القناع» (٣/ ١٦٢).

(٤) «المدونة» (٤/ ٤٦٢).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٥٥).

(٦) الترمذي (١٥٦٣)، وابن ماجه (٢١٩٦)، وقال الترمذي: هذا حديث غريب.

(٧) «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٥٧١).

١٩٨٨ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: مَنَعَ مَالِكٌ بَيْعَ اللَّحْمِ فِي جِلْدِهِ(١).

١٩٨٩ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: بَيْعُ الْمَرِيضِ:

أَجَازَهُ مَالِكٌ(٢) إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْئُوسًا مِنْهُ.

وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ(٣)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٤)، وَهِيَ رِوَايَةٌ أُخْرَى عَنْهُ(٥).

١٩٩٠ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ بَيْعُ تُرَابِ الْمَعْدِنِ، وَالصَّوَّاغِينَ:

فَأَجَازَ مَالِكٌ(٦) بَيْعَ تُرَابِ الْمَعْدِنِ بِنَقْدٍ يُخَالِفُهُ، أَوْ بِعَرَضٍ، وَلَمْ يُجِزْ بَيْعَ تُرَابِ الصَّاغَةِ.

وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ(٧) الْبَيْعَ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا.

وَأَجَازَهُ قَوْمٌ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا، [أ/٣٥٦و] وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ(٨).

---

(١) قال القاضي عبد الوهاب: «وأما ما يرجع إلى الجهل فيتنوع فمنه... بيع اللحم في جلده». «التلقين» (ص٣٨٠)، وينظر: «تهذيب الفروق» (٣/ ٢٧٤).

(٢) أو يكون فيه محاباة. ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٢٦٨)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٧).

(٣) قال في «الحاوي الكبير» (٨/ ٢٩٣): «وبيع المريض وشراؤه جائزًا إذا كان بثمن مثله، ولم يدخله غبن ولا يتغابن أهل المصر بمثله، وسواء باع المريض على وارث أو غير وارث أو اشترى المريض من وارث أو غير وارث». وينظر: «روضة الطالبين» (٦/ ٢٦٤).

(٤) ينظر: «تبيين الحقائق» (٥/ ٢١٤)، «البحر الرائق» (٨/ ٤٩٠).

(٥) ينظر: «الكافي في فقه اهل المدينة» (٢/ ٧٢٣).

ومذهب الحنابلة: صحة بيع المريض. ينظر: «الإقناع»، للحجاوي (٢/ ٣٧٦)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ١٤٢).

(٦) ينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ١٦)، «منح الجليل» (٤/ ٤٦٨).

(٧) قال ابن حجر الهيتمي: «وإنما لم يصح بيع تراب المعدن نظرًا إلى أن المقصود منه النقد، وهو مجهول». «تحفة المحتاج» (٤/ ٢٥٨). وينظر: «نهاية المحتاج» (٣/ ٤١٣).

وعند الحنابلة: يجوز بيع تراب المعدن والصاغة بغير جنسه، ولا يجوز بجنسه؛ إن كان مما يجري فيه الربا. ينظر: «المغني» (٣/ ٥٦)، «كشاف القناع» (٢/ ٢٢٤).

(٨) قال ابن المنذر: «هذا قول الحسن البصري، وإبراهيم النخعي. وبه قال ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن، والليث بن سعد». «الأوسط» (١٠/ ٤٤).

فَهَذِهِ هِيَ الْبُيُوعُ الَّتِي يُخْتَلَفُ فِيهَا، أَكْثَرُ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ الْجَهْلِ بِالْكَيْفِيَّةِ.

(وَأَمَّا اعْتِبَارُ الْكَيْفِيَّةِ[(١)(٢)]:

١٩٩١ فَإِنَّهُمْ **اتَّفَقُوا**[(٣)] عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ شَيْءٌ مِنَ الْمَكِيلِ، أَوِ الْمَوْزُونِ، أَوِ الْمَعْدُودِ، أَوِ الْمَسْمُوحِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي.

١٩٩٢ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْعِلْمَ الَّذِي يَكُونُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ مِنْ قِبَلِ الْكَيْلِ الْمَعْلُومِ، أَوِ الصُّنُوجِ الْمَعْلُومَةِ مُؤَثِّرٌ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ، وَفِي كُلِّ مَا كَانَ غَيْرَ مَعْلُومِ الْكَيْلِ، وَالْوَزْنِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي مِنْ جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ الْمَكِيلَةِ وَالْمَوْزُونَةِ، وَالْمَعْدُودَةِ، وَالْمَمْسُوحَةِ، وَأَنَّ الْعِلْمَ بمقدار[(٤)] هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي تَكُونُ مِنْ قِبَلِ الْحَزْرِ، وَالتَّخْمِينِ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمُّونَهُ الْجُزَافَ يَجُوزُ فِي أَشْيَاءَ وَيُمْنَعُ فِي أَشْيَاءَ.

١٩٩٣ وَأَصْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ[(٥)] فِي ذَلِكَ: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ مَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْكَثْرَةُ لَا آحَادٌ.

وَهُوَ عِنْدَهُ أَصْنَافٌ:

(أ) مِنْهَا: مَا أَصْلُهُ الْكَيْلُ وَيَجُوزُ جُزَافًا، وَهِيَ الْمَكِيلَاتُ، وَالْمَوْزُونَاتُ.

(ب) وَمِنْهَا: مَا أَصْلُهُ الْجُزَافُ ويجوز مَكِيلًا، وَهِيَ الْمَمْسُوحَاتُ [ب/ ٣١٤و] كَالْأَرَضِينَ، وَالثِّيَابِ.

(ج) وَمِنْهَا: مَا لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّقْدِيرُ أَصْلًا بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ، بَلْ إِنَّمَا يَجُوزُ فِيهَا الْعَدَدُ فَقَطْ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا جُزَافًا، وَهِيَ كَمَا قُلْنَا الَّتِي الْمَقْصُودُ مِنْهَا آحَادُ أَعْيَانِهَا.

---

(١) في المطبوع: «الكمية». (٢) ليس في (ب).

(٣) نقل الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤٣٣)، والنووي في «المجموع» (٩/ ٤٠٣).

(٤) في (م): «بمقادير».

(٥) ينظر: «المعيار المعرب» (٦/ ٢٩٣)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٩٢).

١٩٩٤ وَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّ التِّبْرَ وَالْفِضَّةَ الغَيْرَ الْمَسْكُوكَيْنِ يَجُوزُ بَيْعُهُمَا جُزَافًا، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]: يَجُوزُ، وَيُكْرَهُ.

١٩٩٥ وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[٣]: أَنْ تُبَاعَ الصُّبْرَةُ الْمَجْهُولَةُ عَلَى الْكَيْلِ ـ أَيْ: كُلُّ كَيْلٍ مِنْهَا بِكَذَا ـ فَمَا كَانَ فِيهَا مِنَ الْأَكْيَالِ وَقَعَ مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ بَعْدَ كَيْلِهَا وَالْعِلْمِ بِمَبْلَغِهَا.

(وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ)[٤].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: لَا يَلْزَمُ إِلَّا فِي كَيْلٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّيَاهُ[٦].

---

(١) قال السرخسي: «ولا بأس ببيع الفضة جُزَافًا بالذهب، أو بالفلوس، أو بالعروض؛ لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس». «المبسوط»، للسرخسي (١٤/ ٦٩)، وينظر: «البحر الرائق» (٦/ ١٤٧).

(٢) قال الماوردي: «وبيع الدراهم بالدنانير جزافًا جائز». «الحاوي الكبير» (٦/ ٢٦٠).

(٣) ينظر: «التاج والإكليل» (٦/ ٩٣)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٥/ ٢٥).

(٤) قال النووي: «لو قال: بعتك هذه الصُّبرة، كل صاع بدرهم، أو هذه الأرض، أو الثوب، كل ذراع بدرهم، أو هذه الأغنام، كل شاة بدرهم، صح العقد في الجميع على الصحيح، ولا تضر جهالة جملة الثمن؛ لأنه معلوم التفصيل». «روضة الطالبين» (٣/ ٣٦٨).

والمعتمد عدم الصحة، قال في «كفاية الأخيار» (ص٢٣٧): «ولو قال بعتك من هذه الصُّبرة كل صاع بدرهم لم يصح على الصحيح؛ لأن المبيع مجهول وذكر مقابله كل كيل بدرهم لا يخرجه عن الجهالة».

وهو مذهب الحنابلة. ينظر: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٩)، «كشاف القناع» (٣/ ١٧٥).

(٥) قال السرخسي: «فإذا اشترى صبرة من حنطة، كل قفيز بدرهم عند أبي حنيفة: يجوز العقد في قفيز واحد. وعندهما: يجوز في الكل». «المبسوط» (١٣/ ٥). وينظر: «البحر الرائق» (٥/ ٣٠٧).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «سمَّيناه». والصواب ما في (م)، أي: الذي سمَّاه البائع والمشتري.

١٩٩٦ وَيَجُوزُ هَذَا الْبَيْعُ عِنْدَ مَالِكٍ(١) فِي الْعَبِيدِ وَالثِّيَابِ، وَفِي الطَّعَامِ.

وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الثِّيَابِ، وَالْعَبِيدِ(٢).

وَمَنَعَ ذَلِكَ غَيْرُهُ فِي الْكُلِّ ـ فِيمَا أَحْسَبُ ـ [م/ ١٩٥ظ] لِلْجَهْلِ بِمَبْلَغِ الثَّمَنِ.

١٩٩٧ وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ(٣) أَنْ يَصْدُقَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ فِي كَيْلِهَا، إِذَا لَمْ يَكُنِ الْبَيْعُ(٤) نَسِيئَةً، لِأَنَّهُ يَتَّهِمُهُ أَنْ يَكُونَ صَدَقَةً لِيُنْظِرَهُ بِالثَّمَنِ.

وَعِنْدَ غَيْرِهِ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فيها حَتَّى يَكْتَالَهَا الْمُشْتَرِي؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصاعَانُ(٥).

وَأَجَازَهُ قَوْمٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَمِمَّنْ مَنَعَهُ: أَبُو حَنِيفَةَ(٦)، وَالشَّافِعِيُّ(٧)، وَأَحْمَدُ(٨).

وَمِمَّنْ أَجَازَهُ بِإِطْلَاقٍ: عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ، وَابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ(٩).

١٩٩٨ وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ: أَنْ يَعْلَمَ الْبَائِعُ الْكَيْلَ، وَيَبِيعَ [أ/ ٣٥٦ظ] الْمَكِيلَ جُزَافًا مِمَّنْ يَجْهَلُ الْكَيْلَ.

---

(١) قال في «النوادر والزيادات» (١/ ٧٩): «ومثل أن يبتاع كذلك، هذا كل ثوب بكذا، وهذه الغنم كل شاة بكذا، استوجب جملتها قبل يعلم عددها، ولو اشترى منها مائة ثوب، أو اشترى مائة كبش من الكباش بكذا، جاز ذلك إذا استوت». وينظر: «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ١٥٠).

(٢) ينظر: «الفتاوى الخانية» (٢/ ٧٠)، «درر الحكام» (٢/ ١٤٧).

(٣) قال المازري: «فكذلك إذا صدق المشتري البائع في الكيل، فإنَّ ذلك يحل محل مشاهدة الكيل». «شرح التلقين» (٢/ ٣٠)، وينظر: «المعونة» (ص٩٧٦).

(٤) في (م): «المبيع».

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨). وإسناده ضعيف. ينظر: «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٧٢).

(٦) «التجريد» (٥/ ٢٢٧٧).

(٧) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٧)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠).

(٨) «المغني» (٤/ ٨٥).

(٩) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٨).

(وَلَا يَجُوزُ)(١) عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٢)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٣).

وَالْمُزَابَنَةُ الْمَنْهِيُّ عَنْهَا - هِيَ عِنْدَ مَالِكٍ - مِنْ هَذَا الْبَابِ، وَهِيَ بَيْعُ مَجْهُولِ الْكَمِّيَّةِ بِمَجْهُولِ الْكَمِّيَّةِ.

وَذَلِكَ أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّاتِ: فَلِمَوْضِعِ التَّفَاضُلِ.

وَأَمَّا فِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ: فَلِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْقَدْرِ.

الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي بُيُوعِ الشُّرُوطِ والثُّنْيَا

وَهَذِهِ الْبُيُوعُ الْفَاسِدَةُ، يَكُونُ فِيهَا هُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْفَسَادِ الَّذِي يَكُونُ مِنْ قِبَلِ الْغَرَرِ، وَلَكِنْ لَمَّا تَضَمَّنَهَا [ب/ ٣١٤ ظ] النَّصُّ، وَجَبَ أَنْ تَجْعَلَ قِسْمًا مِنْ أَقْسَامِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ عَلَى حِدَةٍ.

١٩٩٩ وَالْأَصْلُ فِي اخْتِلَافِ النَّاسِ فِي هَذَا الْبَابِ ثَلَاثَةُ أَحَادِيثَ:

أَحْدُهَا: حَدِيثُ جَابِرٍ قَالَ: «ابْتَاعَ مِنِّي رَسُولُ اللهِ ﷺ بَعِيرًا، وَشَرَطَ لِي(٤) ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ».

وَهَذَا الْحَدِيثُ فِي الصَّحِيحِ(٥).

وَالْحَدِيثُ الثَّانِي: حَدِيثُ بَرِيرَةَ، وفيه أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ؛ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»**.

وَالْحَدِيثُ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ(٦).

---

(١) في (م): «ويجوز».

(٢) ينظر: «منهاج الطالبين» (ص٤٥)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤).

(٣) قال الكاساني: «المعدودات المتقاربة إذا بيعت عددًا لا جزافًا، فحكمها حكم المكيلات، والموزونات عند أبي حنيفة؛ حتى لا يجوز بيعها إلا بعد العد». «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤٥)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٢).

(٤) من (م).

(٥) أخرجه البخاري (٢٣٠٩)، ومسلم (٧١٥).

(٦) أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤).

وَالثَّالِثُ: حَدِيثُ جَابِرٍ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةِ، وَالْمُخَابَرَةِ، وَالْمُعَاوَمَةِ، وَالثُّنْيَا، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا».

وَهُوَ أَيْضًا - فِي الصَّحِيحِ، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ[1].

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أَنَّهُ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ[2].

٢٠٠٠ (فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ، لِتَعَارُضِ هَذِهِ الْأَحَادِيثِ فِي بَيْعٍ وَشَرْطٍ)[3]:

(أ) فَقَالَ قَوْمٌ: الْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَالشَّرْطُ فَاسِدٌ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ الشَّافِعِيُّ[4]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[5].

(ب) وَقَالَ قَوْمٌ: (الشَّرْطُ جَائِزٌ)[6]، والْبَيْعُ جَائِزٌ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ ابْنُ شُبْرُمَةَ[7].

(ج) وَقَالَ قَوْمٌ: الْبَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى[8].

وَقَالَ أَحْمَدُ[9]: الْبَيْعُ جَائِزٌ مَعَ شَرْطٍ وَاحِدٍ، فَأَمَّا مَعَ شَرْطَيْنِ فَلَا.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٦).

(٢) الطبراني في «المعجم الأوسط» (١٥٥٤)، وعنه: أبو نعيم الأصفهاني، «مسند أبي حنيفة» - (١٦٠)، من طريق أبي حنيفة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه؛ مرفوعًا.
وفي إسناده عبد الله بن أيوب بن زاذان؛ أبو محمَّد الضرير، قال الدارقطني: متروك. «تاريخ بغداد» (٩/ ٤١٣)، «لسان الميزان» (٣/ ٢٦٢).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) «المهذب» (٢/ ٢٣)، «روضة الطالبين» (٢/ ٤٠٠).

(٥) «الهداية» (٣/ ٤٨)، «المبسوط» (١٤/ ٤٠).

(٦) ليس في (م).

(٧) «الاستذكار» (٧/ ٣٥٦).

(٨) «الاستذكار» (٧/ ٣٥٦).

(٩) «المبدع»، لابن مفلح (٤/ ٥٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٠).

فَمَنْ أَبْطَلَ الْبَيْعَ، وَالشَّرْطَ أَخَذَ بِعُمُومِ نَهْيِهِ (عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ، وَلِعُمُومِ نَهْيِهِ)(١) عَنِ الثُّنْيَا.

وَمَنْ أَجَازَهُمَا جَمِيعًا: أَخَذَ بِحَدِيثِ جَابِرٍ، الَّذِي ذُكِرَ فِيهِ الْبَيْعُ مع الشَّرْطِ.

وَمَنْ أَجَازَ الْبَيْعَ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ: أَخَذَ بِعُمُومِ حَدِيثِ بَرِيرَةَ.

وَمَنْ لَمْ يُجِزِ الشَّرْطَيْنِ وَأَجَازَ الْوَاحِدَ: احْتَجَّ بِحَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ؛ خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا يَجُوزُ شَرْطَانِ(٢) فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ»**(٣).

٢٠٠١ وَأَمَّا مَالِكٌ:

فَالشُّرُوطُ عِنْدَهُ تَنْقَسِمُ **ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ**:

[أ/ ٣٥٧و]

(أ) شُرُوطٌ تَبْطُلُ هِيَ وَالْبَيْعُ مَعًا.

(ب) وَشُرُوطٌ تَصِحُّ(٤) هِيَ [ب/ ٣١٥و] وَالْبَيْعُ مَعًا.

(ج) وَشُرُوطٌ تَبْطُلُ وَيَثْبُتُ الْبَيْعُ.

(د) وَقَدْ يُظَنُّ أَنَّ عِنْدَهُ قِسْمًا رَابِعًا(٥).

---

(١) ما بين القوسين ليس فِي (أ). (٢) فِي (م): «شرط».

(٣) برقم: (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، وصححه، والنسائي (٧/ ٢٨٨)، وفي «الكبرى» (٦٢٠٤، ٦٢٢٥)، وأحمد (٢/ ١٧٤ و١٧٩ و٢٠٥)، والحاكم (٢/ ١٧) - وصححه، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه به.
قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٤/ ٣٨٤): «وهذا الحديث محفوظ معروف من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا، وهو حديث صحيح، رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدّث عنه ثقة، وإنما دخلت أحاديثه الداخلة من أجل رواية الضعفاء عنه».

(٤) فِي (م): «تجوز».

(٥) قال ابن رشد الجد: «الشروط المشترطة فِي البيوع على مذهب مالك تنقسم على أربعة أقسام:

=

وَهُوَ: أَنَّ مِنَ الشُّرُوطِ مَا إِنْ تَمَسَّكَ الْمُشْتَرِطُ بِشَرْطِهِ فَسَدَ[(١)] الْبَيْعُ، وَإِنْ تَرَكَهُ جَازَ الْبَيْعُ.

وَإِعْطَاءُ فُرُوقٍ[(٢)] بَيِّنَةٍ فِي مَذْهَبِهِ بَيْنَ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ عَسِيرٌ.

وَقَدْ رَامَ ذَلِكَ (كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَى **كَثْرَةِ مَا يَتَضَمَّنُ** الشَّرْطُ - مِنْ صِنْفَيِ الْفَسَادِ الَّذِي يُخِلُّ بِصِحَّةِ الْبُيُوعِ، وَهُمَا: الرِّبَا، وَالْغَرَرُ - **وَإِلَى قِلَّتِهِ**، وَإِلَى التَّوَسُّطِ بَيْنَ ذَلِكَ)[(٣)] إِلَى مَا يُفِيدُ نَقْصًا فِي الْمِلْكِ، فَمَا كَانَ دُخُولُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ (أَوْ كَانَ دُخُولُ الْغَرَرِ)[(٤)] فِيهِ كَثِيرًا مِنْ قِبَلِ الشَّرْطِ أَبْطَلَهُ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ.

وَمَا كَانَ قَلِيلًا أَجَازَهُ وَأَجَازَ الشَّرْطَ.

وَمَا كَانَ مُتَوَسِّطًا أَبْطَلَ الشَّرْطَ، وَأَجَازَ الْبَيْعَ.

وَيَرَى أَصْحَابُهُ أَنَّ مَذْهَبَهُ هُوَ أَوْلَى الْمَذَاهِبِ، إِذْ بِمَذْهَبِهِ تَجْتَمِعُ الْأَحَادِيثُ كُلُّهَا، وَالْجَمْعُ عِنْدَهُمْ أَحْسَنُ مِنَ التَّرْجِيحِ.

٢٠٠٢ **وَلِلْمُتَأَخِّرِينَ** [م/١٩٦و] مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ تَفْصِيلَاتٌ مُتَقَارِبَةٌ، وَأَحَدُ مَنْ لَهُ ذَلِكَ جَدِّي[(٥)]، وَالْمَازَرِيُّ[(٦)]، وَالْبَاجِيُّ[(٧)].

= قسم يبطل فيه البيع والشرط، وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط لمشترطه في صحة البيع.
ومنها ما يفسخ به البيع ما دام مشترط الشرط متمسكًا بشرطه.
وقسم يجوز فيه البيع والشرط، وهو ما كان الشرط فيه جائزًا لا يؤول إلى فساد ولا يجر إلى حرام. وقسم يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط؛ وهو ما كان الشرط فيه حرامًا - إلا أنه خفيف؛ فلم يقع عليه حصة من جملة الثمن». «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٩).
وانظر: «شرح التلقين» (٢/ ٤٧٨).

(١) في (م): «بطل».
(٢) مكانها بياض في (م).
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) ما بين القوسين من (م).
(٥) قال ابن رشد الجد: «فعرف مالك - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - الأحاديث كلها، واستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها». «المقدمات الممهدات» (٢/ ٦٨).
(٦) انظر: «المُعْلِم بفوائد مسلم» (٢/ ٢٠٨).
(٧) انظر: «منح الجليل» (٥/ ٥٨).

وَتَفْصِيلُهُ فِي ذَلِكَ أَنْ قَالَ: إِنَّ الشَّرْطَ فِي الْمَبِيعِ يَقَعُ عَلَى ضَرْبَيْنِ أَوَّلَيْنِ:

(١) **أَحَدُهُمَا**: أَنْ يَشْتَرِطَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمِلْكِ، مِثْلُ مَنْ يَبِيعُ الْأَمَةَ أَوِ الْعَبْدَ، وَيَشْتَرِطُ أَنَّهُ مَتَى عُتِقَ كَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ دُونَ الْمُشْتَرِي.

فَمِثْلُ هَذَا قَالُوا: يَصِحُّ فِيهِ الْعَقْدُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ[١].

(٢) **وَالْقِسْمُ الثَّانِي**: أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ شَرْطًا يَقَعُ فِي مُدَّةِ الْمِلْكِ.

وَهَذَا قَالُوا: يَنْقَسِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

(أ) إِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ فِي الْمَبِيعِ مَنْفَعَةً لِنَفْسِهِ.

(ب) وَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُشْتَرِي مَنْعًا مِنْ تَصَرُّفٍ عَامٍّ أَوْ خَاصٍّ.

(ج) وَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ إِيقَاعَ مَعْنًى فِي الْمَبِيعِ:

وَهَذَا أَيْضًا يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

(١) **أَحَدُهُمَا**: أَنْ يَكُونَ مَعْنًى مِنْ مَعَانِي الْبِرِّ.

(٢) **وَالثَّانِي**: أَنْ يَكُونَ مَعْنًى لَيْسَ فِيهِ مِنَ الْبِرِّ شَيْءٌ.

فَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ مَنْفَعَةً يَسِيرَةً، لَا تَعُودُ بِمَنْعِ التَّصَرُّفِ فِي أَصْلِ الْمَبِيعِ، مِثْلَ أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ، وَيَشْتَرِطَ سُكْنَاهَا مُدَّةً يَسِيرَةً:

قِيلَ: الشَّهْرُ.

وَقِيلَ: السَّنَةُ.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، عن عائشة رضي الله عنها: أن بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسول الله ﷺ: «**ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق**»، ثم قام رسول الله ﷺ، فقال: «**ما بال أناس يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فليس له؛ وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق**».

فَذَلِكَ جَائِزٌ عَلَى حَدِيثِ جَابِرٍ[١].

وَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ مَنْعًا مِنْ تَصَرُّفٍ خَاصٍّ أَوْ عَامٍّ، فَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مِنَ الثُّنْيَا، مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ الْأَمَةَ عَلَى أَنْ لَا يَطَأَهَا أَوْ لَا يَبِيعَهَا.

[ب/٣١٥ظ] وَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ مَعْنًى مِنْ مَعَانِي الْبِرِّ مِثْلَ الْعِتْقِ:

فَإِنْ كَانَ اشْتَرَطَ تَعْجِيلَهُ جَازَ عِنْدَهُ.

وَإِنْ تَأَخَّرَ لَمْ يَجُزْ لِعِظَمِ الْغَرَرِ فِيهِ.

وَبِقَوْلِ مَالِكٍ فِي إِجَازَةِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ الْمُعَجَّلِ ـ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]، عَلَى أَنَّ مِنْ قَوْلِهِ مَنْعَ بَيْعٍ وَشَرْطٍ.

وَحَدِيثُ جَابِرٍ عِنْدَهُ مُضْطَرِبُ اللَّفْظِ، لِأَنَّ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِهِ: «أَنَّهُ بَاعَهُ وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»، وَفِي بَعْضِهَا: «أَنَّهُ أَعَارَهُ ظَهْرَهُ».

وَمَالِكٌ[٣] رَأَى هَذَا مِنْ بَابِ الْغَرَرِ الْيَسِيرِ [أ/٣٥٧ظ] فَأَجَازَه فِي الْمُدَّةِ الْقَلِيلَةِ وَلَمْ يُجِزْهُ فِي الْكَثِيرَةِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ[٤] فَعَلَى أَصْلِهِ فِي مَنْعِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا إِنِ اشْتَرَطَ مَعْنًى فِي الْمَبِيعِ لَيْسَ بِبِرٍّ مِثْلَ أَنْ لَا يَبِيعَهَا:

فَذَلِكَ لَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ.

وَقِيلَ عَنْهُ[٥]: الْبَيْعُ مَفْسُوخٌ.

وَقِيلَ: بَلْ يَبْطُلُ الشَّرْطُ فَقَطْ[٦].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال النووي: «في بيع الرقيق بشرط العتق، ثلاثة أقوال. المشهور: أنه يصح العقد والشرط». «روضة الطالبين» (٣/ ٤٠٣). وانظر: «تحفة المحتاج» (٤/ ٣٠٣).

(٣) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٦٨).

(٤) «الهداية» (٣/ ٤٨)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧٥).

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) قال في «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٦٦): «وقد روي عن ابن القاسم: أنه فرّق بين أن يبيع =

وَأَمَّا مَنْ قَالَ لَهُ الْبَائِعُ: مَتَى جِئْتُكَ بِالثَّمَنِ رَدَدْتَ عَلَيَّ الْمَبِيعَ:

فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[١]، لِأَنَّهُ يَكُونُ مُتَرَدِّدًا بَيْنَ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ؛ وَإِنْ جَاءَ بِالثَّمَنِ كَانَ سَلَفًا، وَإِنْ لَمْ يَجِئْ كَانَ بَيْعًا.

٢٠٠٣ وَاخْتُلِفَ فِي الْمَذْهَبِ؛ هَلْ يَجُوزُ فِي الْإِقَالَةِ أَمْ لَا؟[٢]

فَمَنْ رَأَى أَنَّ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ فَسَخَهَا عِنْدَهُ مَا يَفْسَخُ سَائِرَ الْبُيُوعِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهَا فَسْخٌ فَرَّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبُيُوعِ.

= الرجل الرجل السلعة، على أن لا يبيع ولا يهب، وما أشبهه من الشروط؛ وبين أن يبيعه إياها على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن.

فجعل البيع فِي الذي باع على أنه أحق بها بالثمن إن باع بيعًا فاسدًا يفسخ على كل حال؛ وإن رضي البائع بترك الشرط بخلاف الذي يبيع على تلك الشروط.

وأجاز ابن وهب أن يبيع الرجل العبد على أن يخرجه إلى الشام، ولم يجز أن يبيعه إياه على أن لا يبيعه إلا بالشام.

والوجهان ـ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك سواء. وقد روى ابن وهب، وعلي بن زياد، عن مالك فِي الذي يبتاع الجارية على ألا يبيعها فباعها، أن بيعه ينقض، يريد: فيفسخ البيع؛ فلم ير على هذه الرواية البيع فوتًا. وقال سحنون: هو فوت بمنزلة البيع الفاسد؛ لأنه إنما باع ما قد ضمن، فيمضي البيع، ويرجعان فيه إلى القيمة». وانظر: «شرح التلقين» (٢/ ٤٩١).

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٧١)، «أسهل المدارك» (ص١٨٥)، «المعيار المعرب» (٦/ ٣٩٦).

(٢) قال ابن أبي زيد: «قال أصبغ في من باع أمة وانتقد، ثم طلب الإقالة، فقال له المبتاع: إن جئتني بالثمن إلى شهر، أو إلى سنة، أو متى ما جئتني به، فقد أقلتك. قال: إذا صحَّ العقد، وكان هذا بعده من غير موعد ولا موالسة، فذلك جائز ولازم في كل شيء، إلا فِي الفروج، فلا يصحُّ ذلك، إلا أن يجعل ذلك فِي الأمة إلى استبرائها فقط مما لا يصل إليها المشتري، فيجوز، وإلا فذلك لا يصح ولا يلزم، إلا أن يدركها بحرارتها على نحو هذا. وأما فِي غير الفروج من السلع فذلك لازم، وإن كان إلى غير أجل، ما أدركها فِي يده وملكه، فإن خرجت من ملكه سقط ذلك. وإن وجل فيه أجلًا فليس له أن يُحدث فيها شيئًا يقطع به ذلك إلى منتهى الأجل». «النوادر والزيادات» (١/ ١٥٧)، وانظر: «المعيار المعرب» (٦/ ٣٩٦).

٢٠٠٤ وَاخْتُلِفَ أَيْضًا ـ فِيمَنْ بَاعَ شَيْئًا بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَهُ حَتَّى يَنْتَصِفَ مِنَ الثَّمَنِ:

فَقِيلَ عَنْ مَالِكٍ: يَجُوزُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الرَّهْنِ(١).

وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ هُوَ الْمَبِيعُ أَوْ غَيْرُهُ.

وَقِيلَ ـ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ(٢): لَا يَجُوزُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَمْنَعُ الْمُبْتَاعَ التَّصَرُّفَ فِي الْمَبِيعِ الْمُدَّةِ الْبَعِيدَةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ اشْتِرَاطُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا، فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ صِحَّةَ الْبَيْعِ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْأَمَدِ الْقَصِيرِ(٣).

وَمِنَ الْمَسْمُوعِ مِنْ هَذَا الْبَابِ(٤) «نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ»(٥).

٢٠٠٥ اتَّفَقَ العلماء(٦) عَلَى أَنَّهُ مِنَ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ.

٢٠٠٦ وَاخْتَلَفُوا إِذَا تَرَكَ الشَّرْطَ قَبْلَ الْقَبْضِ:

فَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٧)، ....

---

(١) «النوادر والزيادات» (١/ ١٥٢)، «شرح التلقين» (٢/ ٤٩٢)، «التاج والإكليل» (٦/ ٤٥٠).

(٢) «النوادر والزيادات» (١/ ١٥٢).

(٣) قال المازري: «وذكر ابن الموّاز: أنّ هذا الشّرط إنّما يجوز فِي الزّمن القليل كاليوم واليومين، ورأى أن اشتراط تأخير قبض السلعة المعيّنة اليوم واليومين جائز، بخلاف اشتراط قبضها الزّمن الكثير». «شرح التلقين» (٢/ ٤٩٢).

(٤) من (م).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤٣٣)، وفي «التمهيد» (٢٤/ ٣٨٥)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (١/ ٣٠٢)، والباجي في «المنتقى» (٢/ ٣٧٩)، وابن قدامة في «المغني» (٢/ ٣٧٩)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٢/ ٣٧٩)، والقَرَافي في «الفروق» (٣/ ٢٦٦)، وابن جُزَي في «القوانين الفقهية» (ص٣٦٢ ـ ٣٦٣).

(٧) قال السرخسي: «والبيع يبطل بالشرط الفاسد وقولهما: إنَّ هذا عند صحة الإيجاب. قلنا: عند صحة الإيجاب فيما يكون هذا شرطًا صحيحًا، ونحن إنما ندعي الشرط الفاسد، وذلك عند فساد الإيجاب؛ لأنَّ هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما فِي =

وَالشَّافِعِيُّ[١]، وَسَائِرُ الْعُلَمَاءِ.

وَأَجَازَه مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ إِلَّا مُحَمَّدَ بْنَ عَبْدِ الْحَكَمِ[٢][٣].

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ[٤].

(وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ)[٥]: أَنَّ النَّهْيَ يَتَضَمَّنُ فَسَادَ الْمَنْهِيِّ، مَعَ أَنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ فِي الْمَبِيعِ مَجْهُولًا لِاقْتِرَانِ[٦] السَّلَفِ [ب/٣١٦و] بِهِ.

وَرُوِيَ: أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ أَحْمَدَ بْنِ سَهْلٍ الْبَرْمَكِيَّ سَأَلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنَ إِسْحَاقَ الْمَالِكِيَّ، فَقَالَ لَهُ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ السَّلَفِ وَالْبَيْعِ، وَبَيْنَ رَجُلٍ بَاعَ غُلَامًا بِمِائَةِ دِينَارٍ وَزِقِّ خَمْرٍ فَلَمَّا عَقَدَ الْبَيْعَ قَالَ: أَنَا أَدَعُ الزِّقَّ.

قَالَ: وَهَذَا الْبَيْعُ مَفْسُوخٌ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ **بِإِجْمَاعٍ**.

فَأَجَابَ عَنْ هَذَا إِسْمَاعِيلُ بِجَوَابٍ لَا تَقُومُ بِهِ حُجَّةٌ، وَهُوَ أَنْ قَالَ لَهُ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مُشْتَرِطَ السَّلَفِ هُوَ غير[٧] مُخَيَّرٌ فِي تَرْكِهِ أَوْ لا تَرْكِهِ، وَلَيْس كَذَلِكَ مَسْأَلَةُ زِقِّ الْخَمْرِ[٨].

وَهَذَا الْجَوَابُ هُوَ نَفْسُ الشَّيْءِ الَّذِي طُولِبَ فِيهِ بِالْفَرْقِ!

= كلامه لاعتبار وجود المحلية فيهما». «المبسوط» (١٣/ ٤). وانظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٢٧).

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ١٤٧).

(٢) في (ب): «عبد الكريم».

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٣).

(٤) قال ابن عبد البر: «وقال الأبهري: قد روى بعض المدنيين عن مالك أنه لا يجوز، وإن ترك السلف قال: وهو القياس أن يكون عقد البيع فاسدًا فِي اشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير؛ لأنَّ البيع قد وقع فاسدًا، فلا بدَّ من فسخه إلا أن يفوت؛ فيرد السلف ويصلح بالقيمة». «الاستذكار» (٦/ ٤٢٤)، وانظر: «مناهج التحصيل» (٦/ ٢٩١).

(٥) ليس فِي (أ).

(٦) في (م): «لاشتراك».

(٧) ليست في (م).

(٨) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٢٤).

وَذَلِكَ أَنَّهُ يُقَالُ [م/١٩٦ظ] لَهُ: لِمَ كَانَ هُنَا مُخَيَّرًا، (وَلَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ مُخَيَّرًا)(١) فِي أَنْ يَتْرُكَ الزِّقَّ، وَيَصِحَّ الْبَيْعُ؟

٢٠٠٧ **وَالْأَشْبَهُ** أَنْ يُقَالَ: إِنَّ التَّحْرِيمَ هَاهُنَا لَمْ يَكُنْ لِشَيْءٍ مُحَرَّمٍ بِعَيْنِهِ وَهُوَ السَّلَفُ، [أ/٣٥٨و]؛ لِأَنَّ السَّلَفَ مُبَاحٌ.

وَإِنَّمَا وَقَعَ التَّحْرِيمُ مِنْ أَجْلِ الِاقْتِرَانِ؛ أَعْنِي: اقْتِرَانَ الْبَيْعِ بِهِ.

وَكَذَلِكَ الْبَيْعُ فِي نَفْسِهِ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا امْتُنِعَ مِنْ قِبَلِ اقْتِرَانِ الشَّرْطِ بِهِ، وَهُنَالِكَ إِنَّمَا امْتَنَعَ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِ اقْتِرَانِ شَيْءٍ مُحَرَّمٍ لِعَيْنِهِ بِهِ، لَا بِشَيْءٍ حُرِّمَ مِنْ قِبَلِ الشَّرْطِ.

وَنُكْتَةُ هذه الْمَسْأَلَةِ:

هَلْ إِذَا لَحِقَ الْفَسَادُ الْبَيْعَ مِنْ قِبَلِ الشَّرْطِ يَرْتَفِعُ الْفَسَادُ إِذَا ارْتَفَعَ الشَّرْطُ أَمْ لَا يَرْتَفِعُ، كَمَا لَا يَرْتَفِعُ الْفَسَادُ اللَّاحِقُ لِلْبَيْعِ الْحَلَالِ مِنْ أَجْلِ اقْتِرَانِ الْمُحَرَّمِ (الْعَيْنِ - بِهِ)(٢)؟

وَهَذَا أَيْضًا، يَنْبَنِي عَلَى أَصْلٍ آخَرَ؛ هُوَ هَلْ هَذَا الْفَسَادُ حُكْمِيٌّ أَوْ مَعْقُولٌ؟

فَإِنْ قُلْنَا: حُكْمِيٌّ لَمْ يَرْتَفِعْ بِارْتِفَاعِ الشَّرْطِ.

وَإِنْ قُلْنَا: مَعْقُولٌ ارْتَفَعَ بِارْتِفَاعِ الشَّرْطِ.

فَمَالِكٌ رَآهُ مَعْقُولًا.

وَالْجُمْهُورُ رَأَوْهُ غَيْرَ مَعْقُولٍ.

وَالْفَسَادُ الَّذِي يُوجَدُ فِي بُيُوعِ الرِّبَا وَالْغَرَرِ وهُوَ أَكْثَرُ ذَلِكَ - حُكْمِيٌّ، وَلِذَلِكَ لَيْسَ يَنْعَقِدُ عِنْدَهُمْ أَصْلًا، وَإِنْ تَرَكَ الرِّبَا بَعْدَ الْبَيْعِ، أَوِ ارْتَفَعَ الْغَرَرُ.

---

(١) ما بين القوسين من (م).

(٢) في (أ): «المعين»، وفي (ب): «العين».

٢٠٠٨ وَاخْتَلَفُوا فِي حُكْمِهِ إِذَا [ب/٣١٦ظ] وَقَعَ، عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي أَحْكَامِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ.

٢٠٠٩ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ بَيْعُ الْعُرْبَانِ:

فَجُمْهُورُ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ(١).

وَحُكِيَ عَنْ قَوْمٍ مِنَ التَّابِعِينَ أَنَّهُمْ أَجَازُوهُ، مِنْهُمْ: مُجَاهِدٌ(٢)، وَابْنُ سِيرِينَ(٣)، وَنَافِعُ بْنُ الْحَارِثِ(٤)، وَزَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ(٥).

وَصُورَتُهُ:

أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ شَيْئًا فَيَدْفَعُ إِلَى الْمُبْتَاعِ مِنْ ثَمَنِ ذَلِكَ الشيء شَيْئًا، عَلَى أَنَّهُ إِنْ نَفَذَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا كَانَ ذَلِكَ الْمَدْفُوعُ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ تَرَكَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْجُزْءَ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يُطَالِبْهُ بِهِ.

---

(١) قال القاضي عبد الوهاب: «وبيع العربان على **وجهين**:
أحدهما: ممنوع، وهو أن يشتري سلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بأجرة معلومة ويعربن شيئًا؛ على أنه إن رضي كان ذلك العربون من الثمن أو الأجرة، وإن كره لم يعد إليه؛ فهذا من أكل المال بالباطل. **والآخر**: جائز؛ وهو الاحتساب له به إذا أمضى، ورده عليه إذا كره، فذلك جائز. والدين بالدين ممنوع إذا كان من الطرفين». «التلقين» (ص٣٨٤).
وقال الماوردي: «وهذا بيعٌ باطل للنهي عنه، ولحدوث الشرط فيه، ولأن معنى القمار قد تضمنه». «الحاوي الكبير» (٥/ ٣٣٨).
وانظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٩)، «المغني»، لابن قدامة (٤/ ١٧٥)، «الإنصاف» (٤/ ٣٥٧).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٤).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٤).

(٤) فِي (م): «عبد الحارث».

(٥) أخرج ابن المنذر بسنده، عن القاسم بن محمد، أنَّ عمر اشترى بعيرًا وعربنه دينارًا، فقال: إن أخذته فلي، وإلا فلك الدينار. ثم قال: «وذكر لأحمد بن حنبل حديث عمر فقال: أي شيء أقدر أقول، وهذا عن عمر، فذكرت له مذهب مالك أنه فسر نهي النبي ﷺ عن العربان أنه على كراهية هذا. قال: لا، ليس هذا بشيءٍ». «الأوسط» (١٠/ ٣٣٧).

وَإِنَّمَا صَارَ الْجُمْهُورُ إِلَى مَنْعِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ، وَأَكْلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ.

وَكَانَ زَيْدٌ يَقُولُ: أَجَازَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ.

وَقَالَ أَهْلُ الْحَدِيثِ: ذَلِكَ غَيْرُ مَعْرُوفٍ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ(١).

(وَفِي الِاسْتِثْنَاءِ)(٢) مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ مِنْ هَذَا الْبَابِ، اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِيهَا؛ أَعْنِي: هَلْ تَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ عَنِ الثُّنْيَا، أَم لَيْس تَدْخُلُ؟

٢٠١٠ فَمِنْ ذَلِكَ: أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ حَامِلًا، وَيَسْتَثْنِيَ مَا فِي بَطْنِهَا:

فَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: مَالِكٌ(٣)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٤)، وَالشَّافِعِيُّ(٥)، وَالثَّوْرِيُّ(٦) عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَحْمَدُ(٧)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٨)، وَدَاوُدُ: ذَلِكَ جَائِزٌ(٩).

وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ(١٠).

---

(١) قال ابن عبد البر: «وهذا لا يعرف عن النبي ﷺ من وجهٍ يصح. وإنما ذكره عبد الرزاق، عن الأسلمي، عن زيد بن أسلم مرسلًا!
وهذا ومثله ليس بحجة. ويحتمل أن يكون بيع العربان الجائز، على ما تأوله مالك والفقهاء معه؛ وذلك أن يعربنه ثم يحسب عربانه من ثمنه إذا اختار تمام البيع، وهذا لا خلاف فِي جوازه عن مالك وغيره». «التمهيد» (٢٤/ ١٧٩).

(٢) في (م): «وفي الباب».

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٥).

(٤) قال السرخسي فِي «المبسوط» (٥/ ٩٢): «وكذلك لو باعها واستثنى ما فِي بطنها، فإن البيع فاسد في هذا كله لا يجوز؛ لأنه باع ما لم يعرف، واستثنى ما لم يعرف». وانظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٥٨).

(٥) قال النووي: «ولو باعها واستثنى حملها، لم يصح البيع على المذهب، وبه قطع الجمهور». «روضة الطالبين» (٣/ ٤٠٦). وانظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٥٥).

(٦) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٦٦).

(٧) «المبدع» (٤/ ٣٣)، «الإنصاف» (٤/ ٣٠٨).

(٨) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٥).

(٩) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٥).

(١٠) انظر: «الأوسط» (١٠/ ٣٢٣).

وَسَبَبُ[١] الْخِلَافِ:

هَلِ الْمُسْتَثْنَى مَبِيعٌ مَعَ مَا اسْتُثْنِيَ مِنْهُ، أَمْ لَيْسَ بِمَبِيعٍ وَإِنَّمَا هُوَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ؟

فَمَنْ قَالَ: مَبِيعٌ، قَالَ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ مِنَ الثُّنْيَا الْمَنْهِيِّ عَنْهَا، لِمَا فِيه مِنَ الْجَهْلِ بِصِفَتِهِ، [أ/٣٥٨ظ] وسَلَامَةِ خُرُوجِهِ.

وَمَنْ قَالَ: هُوَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ أَجَازَ ذَلِكَ.

٢٠١١ **وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ[٢]** فِيمَنْ بَاعَ حَيَوَانًا، وَاسْتَثْنَى بَعْضَهُ: أَنَّ ذَلِكَ الْبَعْضَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ (شَائِعًا، أَوْ مُعَيَّنًا، أَوْ مُقَدَّرًا.

(أ) فَإِنْ كَانَ شَائِعًا: فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ مِثْلَ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا إِلَّا رُبْعَهُ.

(ب) وَأَمَّا إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا: فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ)[٣] مُغَيَّبًا مِثْلَ الْجَنِينِ، أَوْ يَكُونَ غَيْرَ [ب/٣١٧و] مُغَيَّبٍ:

فَإِنْ كَانَ مُغَيَّبًا فَلَا يَجُوزُ.

وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُغَيَّبٍ، كَالرَّأْسِ، وَالْيَدِ، وَالرِّجْلِ: فَلَا يَخْلُو الْحَيَوَانُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُسْتَبَاحُ ذَبْحُهُ، أَوْ لَا يَكُونُ.

فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ ذَبْحُهُ: فلَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ أَحَدٌ غُلَامًا وَيَسْتَثْنِيَ رِجْلَهُ، لِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ، وَلَا مُتَبَعِّضٍ.

وَذَلِكَ مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ.

وَإِنْ كَانَ الْحَيَوَانُ مِمَّا يُسْتَبَاحُ ذَبْحُهُ، فَإِنْ بَاعَهُ وَاسْتَثْنَى مِنْهُ عُضْوًا لَهُ قِيمَةٌ بِشَرْطِ الذَّبْحِ:

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) انظر: «شرح التلقين» (٢/ ١٠٤٥)، «التاج والإكليل» (٤/ ٢٨١)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٨١).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

فَفِي الْمَذْهَبِ فِيهِ **قَوْلَانِ**(١):

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ.

وَالثَّانِي: أنه يَجُوزُ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ(٢): جَوَّزَ بَيْعَ الشَّاةِ مَعَ اسْتِثْنَاءِ الْأَكارع وَالرَّأْسِ(٣).

٢٠١٢ وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَثْنَى قِيمَةٌ: **فَلَا خِلَافَ** فِي جَوَازِهِ فِي الْمَذْهَبِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ: أَنَّهُ كَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ بِجِلْدِهِ فَمَا تَحْتَ الْجِلْدِ مُغَيَّبٌ وَإِنْ كَانَ [م/١٩٧و] لَمْ يَسْتَثْنِهِ بِجِلْدِهِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي بِأَيِّ صِفَةٍ يَخْرُجُ(٤) بَعْدَ كَشْطِ الْجِلْدِ عَنْهُ.

وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ: أَنَّهُ اسْتَثْنَى عُضْوًا مُعَيَّنًا مَعْلُومًا، فَلَمْ يَضُرَّهُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْجِلْدِ أَصْلُهُ شِرَاءُ الْحَبِّ فِي سُنْبُلِهِ، وَالْجَوْزِ فِي قِشْرِهِ.

٢٠١٣ وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُسْتَثْنَى مِنَ الْحَيَوَانِ (أن يشترط)(٥) الذَّبح؛ إِمَّا عُرْفًا وَإِمَّا مَلْفُوظًا بِهِ جُزْءًا مُقَدَّرًا مِثْلَ أَرْطَالٍ مِنْ جَزُورٍ، فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ:

(أ) إِحْدَاهُمَا الْمَنْعُ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ وَهْبٍ(٦).

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٤).

(٢) «النوادر والزيادات» (١/ ٣٣٣).

(٣) وفي «المدونة» (٣/ ٣١٥): «قلت: أرأيت الشاة إذا باعها الرجل أو البعير أو البقرة واستثنى منها ثلثًا أو ربعًا أو نصفًا، أو استثنى جلدها أو رأسها أو فخذها أو كبدها أو صوفها أو شعرها أو كراعها أو استثنى بطونها كلها أو استثنى أرطالًا مسمّاة، كثيرة أو قليلة؛ أيجوز هذا البيع كله في قول مالك أم لا؟
قال: أما إذا استثنى منها ثلثها أو ربعها أو نصفها فلا بأس بذلك عند مالك.
وأما إذا استثنى جلدها أو رأسها، فإنه إن كان مسافرًا فلا بأس بذلك. وإن كان حاضرًا فلا خير فيه».

(٤) في (م): «لم يَخْرُجُ لَهُ».

(٥) في (م): «بشرط».

(٦) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٥).

(ب) **وَالثَّانِيَةُ** الْإِجَازَةُ فِي الْأَرْطَالِ الْيَسِيرَةِ فَقَطْ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ(١).

٢٠١٤ **وَأَجْمَعُوا**(٢) مِنْ هَذَا الْبَابِ عَلَى جَوَازِ(٣) بَيْعِ الرَّجُلِ ثَمَرَ حَائِطِهِ، وَاسْتِثْنَاءِ نَخَلَاتٍ مُعَيَّنَاتٍ مِنْهُ؛ قِيَاسًا عَلَى جَوَازِ شِرَائِهَا.

٢٠١٥ **وَاتَّفَقُوا**(٤) عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنْ حَائِطٍ لَهُ عِدَّةَ نَخَلَاتٍ غَيْرَ مُعَيَّنَة إِلَّا بِتَعْيِينِ الْمُشْتَرِي لَهَا بَعْدَ الْبَيْعِ(٥)، (لِأَنَّهُ بَيْعُ مَا لَمْ يَرَهُ الْمُتَبَايِعَانِ.

٢٠١٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الْحَائِطَ، وَيَسْتَثْنِي مِنْهُ عِدَّةَ نَخَلَاتٍ، بَعْدَ الْبَيْعِ)(٦):

فَمَنَعَهُ الْجُمْهُورُ؛ لِمَكَانِ اخْتِلَافِ صِفَات النَّخِيلِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ إِجَازَتُهُ.

---

(١) قال في «التهذيب في اختصار المدونة» (٣/ ٢٦٩): «وإن استثنى من لحمها أرطالًا يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز، ويجبر المبتاع على الذبح ههنا، ولم يبلغ به مالك الثلث. وروى عنه ابن وهب أنه كان لا يجيز الاستثناء من لحمها وزنًا ولا جزافًا، ثم رجع فقال: لا بأس به في الأرطال اليسيرة، مثل الثلث فأدنى». وانظر: «النوادر والزيادات» (١/ ٣٣٣)، «التاج والإكليل» (٤/ ٢٨٤).

(٢) حكى الإجماع على ذلك: الماوردي في «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٠٢)، وابن حزم في «المحلى» (٧/ ٣٤٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٣٩)، والباجي في «المنتقى» (٤/ ٢٣٨)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٨٦)، وابن قدامة في «المغني» (٢/ ١٢٢)، والقرطبي في «المفهم» (٤/ ٤٠٤).

(٣) ليست في (ب).

(٤) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن حزم في «المحلى» (٧/ ٣٤٦ ـ ٣٤٧)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٣٩)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ١٧٣).

(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم في «المحلى» (٧/ ٣٤٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٣٩)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٨٦)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٣٥).

(٦) ما بين القوسين ليس في (ب).

وَمَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ [ب/٣١٧ظ] قَوْلَهُ فِي النَّخَلَاتِ، وَأَجَازَهُ فِي اسْتِثْنَاءِ الْغَنَمِ(١).

٢٠١٧ وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ [أ/٣٥٩و] قَوْلُ مَالِكٍ، وَابْنِ الْقَاسِمِ فِي شِرَاءِ نَخَلَاتٍ مَعْدُودَةٍ مِنْ حَائِطِهِ، عَلَى أَنْ يُعَيِّنَهَا(٢) بَعْدَ الشِّرَاءِ الْمُشْتَرِي:

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ، وَمَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ(٣).

٢٠١٨ وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفُوا** إِذَا اسْتَثْنَى الْبَائِعُ مَكِيلَة مِنْ حَائِطٍ.

قَالَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: فَمَنَعَ ذَلِكَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ الَّذِينَ تَدُورُ عَلَيْهِم الْفَتْوَى، وَأُلِّفَتِ الْكتبُ عَلَى مَذَاهِبِهِمْ؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنِ الثُّنْيَا فِي الْبَيْعِ(٤)، لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ مَكِيلٍ مِنْ جُزَافٍ.

وَأَمَّا مَالِكٌ، وَسَلَف(٥) مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: فَإِنَّهُمْ أَجَازُوا ذَلِكَ، فِيمَا دُونَ الثُّلُثِ وَمَنَعُوهُ فِيمَا فَوْقَهُ.

وَحَمَلُوا النَّهْيَ عَلَى الثُّنْيَا عَلَى مَا فَوْقَ الثُّلُثِ، وَشَبَّهُوا بَيْعَ مَا عَدَا الْمُسْتَثْنَى بِبَيْعِ الصُّبْرَةِ الَّتِي لَا يُعْلَمُ مَبْلَغُ كَيْلِهَا فَتُبَاعُ جُزَافًا، وَيُسْتَثْنَى مِنْهَا كَيْلٌ مَا، وَهَذَا الْأَصْلُ أَيْضًا مُخْتَلَفٌ فِيهِ؛ أَعْنِي: إِذَا اسْتُثْنِيَ مِنْهَا كَيْلٌ مَعْلُومٌ(٦).

٢٠١٩ **وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ مَعًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ:

---

(١) قال ابن عبد البر: «واختلف مالك وابن القاسم في الرجل يبيع ثمر حائطه، ويستثني منه تمر نخلات يختارها.
فقال مالك: ذلك جائز، رواه ابن وهب وابن القاسم وأشهب وغيرهم عنه. قال مالك: وذلك بمنزلة الغنم يبيعها، على أن يختار منها غنمًا فيستثنيها لنفسه. وهذه المسألة ذاكرَ فيها ابن القاسم أربعين يومًا. قال ابن القاسم: ولا يعني قوله هذا؛ لأن الغنم بعضها ببعض متفاضلًا جائز، والتمر لا يجوز فيه التفاضل. قال ابن القاسم: ولم أر أحدًا من أهل المعرفة يعجبه ذلك من قولهم». «الاستذكار» (٦/ ٣٣٩).

(٢) في (أ)، (ب): «يبيعها».

(٣) انظر: «التوسط بين مالك وابن القاسم» (ص٩٧)، «النوادر والزيادات» (١/ ٣٥).

(٤) مسلم (١٥٣٦).

(٥) في (م): «وسلفه».

(٦) «الاستذكار» (٦/ ٣٢٣).

(أ) فَأَجَازَهُ مَالِكٌ[١]، وَأَصْحَابُهُ.

(ب) وَلَمْ يُجِزْهُ الْكُوفِيُّونَ[٢]، وَلَا الشَّافِعِيُّ[٣]، لِأَنَّ الثَّمَنَ يَرَوْنَ أَنَّهُ يَكُونُ حِينَئِذٍ مَجْهُولًا.

(وَمَالِكٌ يَقُولُ: إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ مَعْلُومَةً لَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مَجْهُولًا)[٤].

وَرُبَّمَا رَآهُ الَّذِينَ مَنَعُوهُ مِنْ بَابِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

٢٠٢٠ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ السَّلَفُ والْبَيْعُ، كَمَا قُلْنَا.

٢٠٢١ **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِجَازَةِ السَّلَفِ وَالشَّرِكَةِ[٥]:

(أ) فَمَرَّةً أَجَازَ ذَلِكَ.

(ب) وَمَرَّةً مَنَعَهُ.

وَهَذِهِ كُلُّهَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا، لِاخْتِلَافِهَا بِالْأَقَلِّ وَالْأَكْثَرِ فِي وُجُودِ عِلَلِ الْمَنْعِ فِيهَا الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا، فَمَنْ قَوِيَتْ عِنْدَهُ عِلَّةُ الْمَنْعِ ([فِي مَسْأَلَةٍ مِنْهَا][٦] مَنَعَهَا، وَمَنْ لَمْ تَقْوَ عِنْدَهُ)[٧] أَجَازَهَا.

٢٠٢٢ وَذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى ذَوْقِ الْمُجْتَهِدِ، لِأَنَّ هَذِهِ الْمَوَادَّ يُتَجَاذَبُ الْقَوْلُ فِيهَا إِلَى الضِّدَّيْنِ [ب/٣١٨و] عَلَى السَّوَاءِ، عِنْدَ النَّظَرِ فِيهَا.

وَلَعَلَّ فِي أَمْثَالِ هَذِهِ الْمَوَادِّ يَكُونُ الْقَوْلُ بِتَصْوِيبِ كُلِّ مُجْتَهِدٍ ـ صَوَابًا، وَلِهَذَا ذَهَبَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ فِي أَمْثَالِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ إِلَى التَّخْيِيرِ.

(وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ)[٨].

---

(١) قال الحطاب: «وهو بيع، وإجارة والمشهور جواز اجتماعهما». «مواهب الجليل» (٤/ ٢٨١). وانظر: «الذخيرة» (٥/ ٤١٥).

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٧)، «الدر المختار» (٥/ ١٤٦).

(٣) انظر: «المهذب» (٢/ ٢٥)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٠٠).

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) انظر: «شرح التلقين» (٢/ ٢١٦)، «مناهج التحصيل» (٦/ ٢٠٨).

(٦) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).

(٧) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٨) من (م).

الْبَابُ الْخَامِسُ:
فِي الْبُيُوعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا، مِنْ أَجْلِ الضَّرَرِ أَوِ الْغَبْنِ[١]

وَالْمَسْمُوعُ مِنْ هَذَا الْبَابِ: مَا ثَبَتَ مِنْ نَهْيِهِ ﷺ عَنْ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَعَنْ أَنْ يَسُومَ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، (وَنَهْيِهِ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ)[٢]، وَنَهْيِهِ عَنْ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَنَهْيِهِ عَنِ النَّجْشِ.

٢٠٢٣ وَقَدِ **اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي تَفْصِيلِ مَعَانِي هَذِهِ الْآثَارِ اخْتِلَافًا لَيْسَ بِمُتَبَاعِدٍ: [أ/٣٥٩ظ] فَقَالَ مَالِكٌ: مَعْنَى قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَبِيع بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ**»[٣].

وَمَعْنَى نَهْيِهِ عَنْ أَنْ يَسُومَ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَاحِدٌ، وَهِيَ فِي الْحَالَةِ الَّتِي إِذَا رَكَنَ الْبَائِعُ فِيهَا إِلَى السَّائِمِ، وَلَمْ يَبْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا شَيْءٌ يَسِيرٌ؛ مِثْلُ اخْتِيَارِ الذَّهَبِ، أو اشْتِرَاطِ [م/١٩٧ظ] الْعُيُوبِ، أَوِ الْبَرَاءَةِ مِنْهَا.

وَبِمِثْلِ تَفْسِيرِ مَالِكٍ فَسَّرَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤] هَذَا الْحَدِيثَ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[٥]: مَعْنَى «لَا يَبع بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»، أَنْ لَا يَطْرَأَ رَجُلٌ آخَرُ عَلَى الْمُتَبَايِعَيْنِ، فَيَقُولَ: عِنْدِي خَيْرٌ مِنْ هَذِهِ السِّلْعَةِ وَلَمْ يَحُدَّ وَقْتَ رُكُونٍ وَلَا غَيْرَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]: مَعْنَى ذَلِكَ إِذَا تَمَّ الْبَيْعُ بِاللِّسَانِ، وَلَمْ يَفْتَرِقَا، فَأَتَى آخر يَعْرِضُ عَلَيْهِ سِلْعَةً لَهُ هِيَ خَيْرٌ مِنْهَا.

وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ، فِي أَنَّ الْبَيْعَ إِنَّمَا يَلْزَمُ بِالِافْتِرَاقِ:

فَهُوَ وَمَالِكٌ مُتَّفِقَانِ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا يَتَنَاوَلُ حَالَةَ قُرْبِ لُزُومِ الْبَيْعِ.

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الغش».
(٢) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٣) أخرجه البخاري (٢١٥٠)، ومسلم (١٤١٢).
(٤) انظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٥٣)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٢).
(٥) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٢٢). (٦) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٢٢).

وَمُخْتَلِفَانِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ؛ هِي لِاخْتِلَافِهِمَا فِي مَا يَكُونُ بِهِ الْلُّزُومُ فِي الْبَيْعِ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ بَعْدُ، إِنْ شَاءَ اللهُ.

٢٠٢٤ وَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ[١] عَلَى أَنَّ هَذَا الْبَيْعَ يُكْرَهُ، وَإِنْ وَقَعَ مَضَى لِأَنَّهُ سَوْمٌ عَلَى بَيْعٍ لَمْ يَتِمَّ. وَقَالَ دَاوُدُ، وَأَصْحَابُهُ[٢]: إِنْ وَقَعَ فَسْخٌ فِي أَيِّ حَالَةٍ وَقَعَ تَمَسُّكًا بِالْعُمُومِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ[٣]، وَبَعْضِ[٤] أَصْحَابِهِ: فَسْخُهُ مَا لَمْ يَفُتْ.

وَأَنْكَرَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ[٥] ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ.

قَالَ: وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ مَالِكٌ فِي النِّكَاحِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

٢٠٢٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِي دُخُولِ الذِّمِّيِّ فِي النَّهْيِ عَنْ سَوْمِ أَحَدٍ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[٦]: لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الذِّمِّيِّ وَغَيْرِهِ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[٧]: لَا بَأْسَ بِالسَّوْمِ عَلَى سَوْمِ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَخِي الْمُسْلِمِ، وَقَدْ قَالَ ﷺ: **«لَا يَسُمْ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»**[٨].

وَمِنْ هُنَا مَنَعَ قَوْمٌ بَيْعَ الْمُزَايَدَةِ، وَإِنْ كَانَ الْجُمْهُورُ عَلَى جَوَازِهِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ هَلْ يُحْمَلُ هَذَا النَّهْيُ عَلَى الْكَرَاهَةِ أَوِ الْحَظْرِ؟

---

(١) انظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٥٣)، «كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٢٤٤)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤١٥)، «الإنصاف» (٤/ ٣٢٢).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٥٢٢).

(٣) «روضة المستبين» (٢/ ٩٨٨).

(٤) من (م).

(٥) «روضة المستبين» (٢/ ٩٨٨).

(٦) قال ابن عبد البر: «وقد أجمع العلماء على كراهة سوم الذمي على سوم المسلم، وعلى سوم الذمي إذا تحاكموا إلينا؛ فدلَّ أنهم داخلون فِي ذلك». «الاستذكار» (٦/ ٥٢٣). وقال الطحاوي: «واتفقوا على كراهة سوم الذمي على الذمي؛ فدل على أنهم مرادون». «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٦١).

(٧) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٢٣).

(٨) تقدم.

ثُمَّ إِذَا حُمِلَ عَلَى الْحَظْرِ، فَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى جَمِيعِ الْأَحْوَالِ، أَوْ فِي حَالَةٍ دُونَ حَالَةٍ؟

فَصْلٌ:

وَأَمَّا نَهْيُهُ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ لِلْبَيْعِ:

٢٠٢٦ فَاخْتَلَفُوا فِي مَفْهُومِ النَّهْيِ مَا هُوَ؟

فَرَأَى مَالِكٌ[1] أَنَّ الْمَقْصُودَ بِذَلِكَ أَهْلُ الْأَسْوَاقِ؛ لِئَلَّا يَنْفَرِدَ الْمُتَلَقِّي بِرُخْصِ [ب/٣١٨ظ] السِّلْعَةِ، دُونَ أَهْلِ الْأَسْوَاقِ.

وَرَأَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ أَحَدٌ سِلْعَةً حَتَّى تَدْخُلَ السُّوقَ، هَذَا إِذَا كَانَ التَّلَقِّي قَرِيبًا:

فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَحَدُّ الْقُرْبِ فِي الْمَذْهَبِ بِنَحْوِ سِتَّةِ أَمْيَالٍ.

وَرَأَى أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ جَازَ، وَلَكِنْ يُشْرَكُ الْمُشْتَرِي وأَهْلُ الْأَسْوَاقِ فِي تِلْكَ [أ/ ٣٦٠و] السِّلْعَةِ الَّتِي مِنْ شَأْنِهَا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ سُوقَهَا.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ[2]، فَقَالَ: إِنَّ الْمَقْصُودَ بِالنَّهْيِ إِنَّمَا هُوَ الْبَائِعُ لِئَلَّا يَغْبِنَهُ الْمُتَلَقِّي، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَجْهَلُ سِعْرَ الْبَلَدِ، وَكَانَ يَقُولُ: إِذَا وَقَعَ فَرَبُّ السِّلْعَةِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْفَذَ الْبَيْعَ، أَوْ رَدَّهُ.

وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ: هُوَ نَصٌّ فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، الثَّابِتِ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«لَا تَتَلَقَّوُا الْجَلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئًا فَاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِذَا أَتَى السُّوقَ»**، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ، وَغَيْرُهُ[3].

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٧)، «شرح التلقين» (٢/ ١٠١٨).

(٢) «الحاوي الكبير» (٥/ ٣٤٨)، «البيان في مذهب الإمام»، للعمراني (٥/ ٣٥٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤١٥).

(٣) أخرجه مسلم (١٥١٩).

فَصْلٌ:

وَأَمَّا نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي:

٢٠٣٧ فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي مَعْنَى ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١): لَا يَبِعْ أَهْلُ الْحَضَرِ لِأَهْلِ الْبَادِيَةِ قَوْلًا وَاحِدًا.

٢٠٣٨ وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي شِرَاءِ الْحَضَرِيِّ لِلْبَدَوِيِّ:

فَمَرَّةً أَجَازَهُ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ.

وَمَرَّةً مَنَعَهُ، وَأَهْلُ الْحَضَرِ عِنْدَهُ هُمُ الْأَمْصَارُ(٢).

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ أَهْلُ الْقُرَى لِأَهْلِ الْعَمُودِ الْمُنْتَقِلِينَ.

وَبِمِثْلِ قَوْلِ مَالِكٍ: قَالَ الشَّافِعِيُّ(٣)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٤).

---

(١) «النوادر والزيادات» (١/ ٤٤٣)، «شرح التلقين» (٢/ ١٠٢٤)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٧٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣٥٠). وقال المازري: «يمنع بيع الحاضر للبادي **بأربعة شروط**:

أحدها: أن يريد البادي البيع.

والثاني: أن يريد البيع قبل أن يخرج.

والثالث: أن يكون الحاضر هو السائل له في أن يبيع له.

والرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألّا تباع تلك السلعة التي أتى بها البادي فيه.

والشروط الثلاثة المتقدمة إذا فقدت لم يمنع البيع.

وأما الشرط الرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألّا تباع تلك السلعة فيه، فإنه إن كان البلد بعكس ذلك، ففيه وجهان: المنع لعموم الحديث، والجواز لفقد الضرر، وهو المراد في الشرع والمعتبر، وهو الذي أشار إليه فِي الشرط الرابع. وهو نوع مما أشرنا إليه فِي تخصيص العموم بتعليل استنبط منه؛ أو المنع من ذلك لأنه كفرع يعود بإبطال أصله. فهو ها هنا مشاهد لنا فِي ما كشفناه لك من سر المذهب فِي تخصيص اللفظ بتعليل استنبط منه، أو إجرائه على عمومه». «شرح التلقين» (٢/ ١٠٢٤).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤١٤)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨)، وهو مذهب الحنابلة، انظر: «الإنصاف» (٤/ ٣٣٤)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٢٤).

(٤) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٥٣٠).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَأَصْحَابُهُ: لَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي وَيُخْبِرَهُ بِالسِّعْرِ. وَكَرِهَهُ مَالِكٌ؛ أَعْنِي: أَنْ يُخْبِرَ الْحَضَرِيُّ الْبَادِيَ بِالسِّعْرِ، وَأَجَازَهُ الْأَوْزَاعِيُّ(٢).

٢٠٢٩ وَالَّذِينَ مَنَعُوهُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْقَصْدَ بِهَذَا النَّهْيِ هُوَ إِرْفَاقُ أَهْلِ الْحَضَرِ(٣)، [ب/٣١٩و] لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ عِنْدَ أَهْلِ الْبَادِيَةِ أَيْسَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَاضِرَةِ، وَهِيَ عِنْدَهُمْ أَرْخَصُ، بَلْ أَكْثَرُهَا يَكُونُ مَجَّانًا عِنْدَهُمْ (أَيْ: بِغَيْرِ ثَمَنٍ.

فَكَأَنَّهُمْ رَأَوْا أَنَّهُ يُكْرَهُ أَنْ يَنْصَحَ الْحَضَرِيُّ لِلْبَدَوِيِّ.

وَهَذَا مُنَاقِضٌ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: [م/١٩٨و] «**الدِّينُ النَّصِيحَةُ**»)(٤)، وَبِهَذَا تَمَسَّكَ فِي جَوَازِهِ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: حَدِيثُ جَابِرٍ، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ(٥) وَأَبُو دَاوُدَ(٦) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، ذَرُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**».

(وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ انْفَرَدَ بِهَا أَبُو دَاوُدَ، فِيمَا أَحْسَبُ)(٧).

٢٠٣٠ وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ غَبْنِ الْبَدَوِيِّ؛ لِأَنَّهُ يَرِدُ وَالسِّعْرُ مَجْهُولٌ

---

(١) قال في «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٢٦): «وكذا بيع الحاضر للبادي... وكراهته لما فيه من الضرر بأهل البلد حتى لو لم يضر لا بأس به، لما فيه من نفع البادي من غير تضرر غيره». وانظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٦٨).

(٢) قال الأوزاعي: لا يبع حاضر لباد، ولكن لا بأس أن يخبره بالسعر. «الاستذكار» (٦/ ٥٣٠).

(٣) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٢)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٣٧٧)، والقرطبي في «تفسيره» (٣/ ٣٤٣).

(٤) ما بين القوسين من (م).

(٥) مسلم (١٥٢٢).

(٦) أبو داود (٢١٥٠).

(٧) ما بين القوسين من (م).
والتحقيق: أنه لم ينفرد بهذه الزيادة، بل رواها ـ أيضًا الإمام مسلم، وأصحاب السُّنن ـ كما في «جامع الأصول» (١/ ٩٢٩).
نعم، هذه الزيادة لم يروها البخاريُّ في «صحيحه».

عِنْدَهُ، إِلَّا (أَنْ تَثْبُتَ هَذِهِ)[١] الزِّيَادَةُ، وَيَكُونَ عَلَى مَعْنَى الْحَدِيثِ مَعْنَى النَّهْيِ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ، عَلَى مَا تَأَوَّلَهُ الشَّافِعِيُّ، وَجَاءَ فِي الْحَدِيثِ الثَّابِتِ.

٢٠٣١ وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَقَعَ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا وَقَعَ فَقَدْ تَمَّ وَجَازَ الْبَيْعُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «**دَعُوا[٢] النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**»[٣].

وَاخْتَلَفَ فِي هَذَا الْمَعْنَى أَصْحَابُ مَالِكٍ:

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُفْسَخُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يُفْسَخُ[٤].

٢٠٣٢ وَأَمَّا نَهْيُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنِ النَّجْشِ:

فَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى مَنْعِ ذَلِكَ[٥]، وَأَنَّ النَّجْشَ هُوَ أَنْ يَزِيدَ أَحَدٌ فِي سِلْعَةٍ، وَلَيْسَ فِي نَفْسِهِ شِرَاؤُهَا، يُرِيدُ بِذَلِكَ [أ/ ٣٦٠ظ] أَنْ يَنْفَعَ الْبَائِعَ وَيَضُرَّ الْمُشْتَرِيَ.

٢٠٣٣ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا وَقَعَ هَذَا الْبَيْعُ:

فَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: هُوَ فَاسِدٌ[٦].

---

(١) مكانها بياض في (م). (٢) في (م): «ذروا».
(٣) أخرجه مسلمٌ (١٥٢٢).
(٤) قال ابن القاسم: إذا باع الحاضر للبادي فسخ البيع إن أدرك. قلت: فإن فات، قال: إن كان رجلًا متعودًا بذلك أدِّب وزُجر، وإن كان على غير ذلك نهي عن ذلك، ولم يكن عليه شيء.
وسئل عنها سحنون فقال: سألت عنها ابن القاسم، فقال: إذا باع حاضر لبادٍ، فأرى أن يمضي البيع، وأن يؤدب أهله، قال زونان: وسئل ابن وهب عن الحاضر يبيع للبادي عالمًا بمكروهه، أو غير عالم، هل ترى للسلطان أن يؤدبه؟ فقال: لا يؤدب، ولكن يزجر عن ذلك. «البيان والتحصيل» (٩/ ٣٧٨)، وانظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٧٨).
(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٥٢٨)، وابن بطال في «شرح صحيح البخاري» (٦/ ٢٧٠)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٩٧)، والنووي في «شرح صحيح مسلم» (١٠/ ١٥٩)، وابن القطان في «الإقناع» (٢/ ٢٢١).
(٦) «المحلى» (٧/ ٣٧٢).

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: هُوَ كَالْعَيْبِ، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْ يَرُدَّ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُمْسِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[2]، وَالشَّافِعِيُّ[3]: وَإِنْ وَقَعَ أَثِمَ، وَجَازَ الْبَيْعُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ [ب/٣١٩ظ]:

هَلْ يَتَضَمَّنُ النَّهْيُ فَسَادَ الْمَنْهِيِّ وَإِنْ كَانَ النَّهْيُ لَيْسَ فِي نَفْسِ الشَّيْءِ بَلْ مِنْ خَارِجٍ؟

فَمَنْ قَالَ يَتَضَمَّنُ فَسْخَ الْبَيْعِ: لَمْ يُجِزْهُ.

وَمَنْ قَالَ لَيْسَ يَتَضَمَّنُ: أَجَازَهُ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ إِذَا وَرَدَ لِمَعْنًى فِي الْمَنْهِيِّ عَنْهُ أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْفَسَادَ (مِثْلَ النَّهْيِ عَنِ الرِّبَا وَالْغَرَرِ، وَإِذَا وَرَدَ الْأَمْرُ مِنْ خَارِجٍ لَمْ يَتَضَمَّنِ الْفَسَادَ)[4].

٢٠٣٤ **وَيُشْبِهُ** أَنْ يَدْخُلَ فِي هَذَا الْبَابِ نَهْيُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ؛ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي بَعْضِ أَلْفَاظِ النهي: «إِنَّهُ نَهَى عَنْ

---

(١) قال القاضي عبد الوهاب في «التلقين» (٢/ ١٥٢): «ومنه بيع النجش، وهو أن يزيد التاجر فِي ثمن السلعة ليغري غيره لا لحاجة منه إليها. ومنه تلقي السلع قبل أن تورد للأسواق فهذا ممنوع؛ إلا أنه لا يفسخ ويخير بقية أهل السوق في أن يشاركوا من ابتاع بالتلقي أو يتركوا له». وانظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٣٩).
وهو مذهب الحنابلة: «المبدع» (٤/ ٧٨)، «الإنصاف» (٤/ ٣٩٥).

(٢) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٣)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٥٣).

(٣) قال الشيرازي: «فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح؛ لأن النهي لا يعود إلى البيع، فلم يمنع صحته كالبيع في حال النداء؛ فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار؛ لأنه ليس من جهة البائع تدليس. وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان: **أحدهما**: أن له الخيار بين الإمساك والرد؛ لأنه دلس عليه فثبت له الرد، كما لو دلَّس عليه بعيبٍ. **والثاني**: لا خيار له لأن المشتري فرط فِي ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع». «المهذب» (٢/ ٦١)، وانظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤١٦).

(٤) ما بين القوسين ليس فِي (م).

بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ»(١).

وَقَالَ أَبُو بَكْرِ ابْنُ الْمُنْذِرِ: ثَبَتَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ، وَنَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ.

وَقَالَ: لَا يُمْنَعُ - وَهُوَ بِئْرٌ، وَلَا بَيْع مَاءٍ»(٢).

٢٠٣٥ وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَأْوِيلِ هَذَا النَّهْيِ:

فَحَمَلَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى عُمُومِهِ(٣)، فَقَالُوا: لَا يَحِلُّ بَيْعُ الْمَاءِ بِحَالٍ كَانَ مِنْ ماء بِئْرٍ، أَوْ غَدِيرٍ، أَوْ عَيْنٍ فِي أَرْضٍ مُمَلَّكَةٍ، أَوْ غَيْرِ مُمَلَّكَةٍ، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُتَمَلِّكًا كَانَ أَحَقَّ بِمِقْدَارِ حَاجَتِهِ مِنْهُ.

وَبِهِ قَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى، قَالَ: أَرْبَعٌ لَا أَرَى أَنْ يُمْنَعْنَ: الْمَاءُ، وَالنَّارُ، وَالْحَطَبُ، وَالْكَلَأُ(٤).

وَبَعْضُهُمْ: خَصَّصَ هَذِهِ الْأَحَادِيثَ؛ لمعَارَضَةِ الْأُصُولِ لَهَا، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ مَالُ أَحَدٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، كَمَا قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ(٥).

وَانْعَقَدَ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ(٦).

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٦٥). (٢) «الإشراف» (٦/ ٤٦).

(٣) قال ابن المنذر: «ما نهى النبي ﷺ عن بيع الماء فظاهرُ ظاهره عام، ومراده بعض المياه دون بعض، يدلُّ على ذلك نهيه عن بيع فضل الماء، ويدل أيضًا على أن ذلك معناه قول كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أخذ ماء مباحًا، مثل: أن يأخذ الرجل ماء من النيل أو الفرات في ظرف معه، أن له بيع ذلك، ولا يجوز أن يُجْمِعوا على خلاف سنة لرسول الله ﷺ، فدلَّ ما ذكرت على أن النبي ﷺ أراد بنهيه عن بيع الماء بعض المياه دون بعض، ودلَّ على أن الماء الذي يحوزه المرء ملك له، ليس لأحدٍ أن يغلبه عليه، ولا يأخذه منه إلا بإذنه». «الإشراف» (٦/ ٤٦)، وانظر: «الاستذكار» (١٠/ ١٣٠).

(٤) انظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٢٩٧).

(٥) أخرجه أحمد (٢٠٦٩٥)، وأبو يعلى (١٥٧٠).

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٨٨)، «الجامع لأحكام القرآن» (٢/ ٢٢٧).

٢٠٣٦ وَالَّذِينَ خَصَّصُوا هَذَا النهي:

اخْتَلَفُوا فِي جِهَةِ تَخْصِيصِهِ:

فَقَالَ قَوْمٌ: مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْبِئْرَ تكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ يَسْقِي هَذَا يَوْمًا فَيَرْوِي زَرْعَ أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ يَوْمِهِ[١]، وَلَا يَرْوِي فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ الَّذِي لِشَرِيكِهِ زَرْعَهُ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَمْنَعَ شَرِيكَهُ مِنَ الْمَاءِ[٢] بَقِيَّةَ ذَلِكَ الْيَوْمِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّمَا تَأْوِيلُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يَزْرَعُ عَلَى مَائِهِ فَتَنْهَارُ بِئْرُهُ وَلِجَارِهِ فَضْلُ مَاءٍ، أَنَّهُ لَيْسَ لِجَارِهِ أَنْ يَمْنَعَهُ فَضْلَ مَائِهِ [ب/٣٢٠ظ] إِلَى أَنْ يُصْلِحَ بِئْرَهُ. وَالتَّأْوِيلَانِ قَرِيب.

وَوَجْهُ التَّأْوِيلَيْنِ: أَنَّهُمْ حَمَلُوا الْمُطْلَقَ فِي هَذَيْنِ الْحَدِيثَيْنِ عَلَى الْمُقَيَّدِ.

وَذَلِكَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ مُطْلَقًا، ثُمَّ نَهَى عَنْ مَنْعِ[٣] فَضْلِ الْمَاءِ، فَحَمَلُوا الْمُطْلَقَ [أ/٣٦١و] فِي هَذَا الْحَدِيثِ عَلَى الْمُقَيَّدِ، وَقَالُوا: الْفَضْلُ هُوَ الْمَمْنُوعُ فِي الْحَدِيثَيْنِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَأَصْلُ مَذْهَبِهِ، أَنَّ الْمَاءَ مَتَى[٤] كَانَ فِي أَرْضٍ مُتَمَلَّكَةٍ مَنِيعَةٍ[٥] فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ، لَهُ بَيْعُهُ وَمَنْعُهُ، إِلَّا أَنْ يَرِدَ عَلَيْهِ قَوْمٌ لَا ثَمَنَ مَعَهُمْ، وَيَخَافُ عَلَيْهِمُ الْهَلَاكَ، وَحُمِلَ الْحَدِيثُ عَلَى آبَارِ الصَّحْرَاءِ الَّتِي تُتَّخَذُ فِي الْأَرَضِينَ غَيْرِ الْمُتَمَلَّكَةِ، فَرَأَى أَنَّ صَاحِبَهَا أَعْنِي: الَّذِي حَفَرَهَا أَوْلَى بِهَا، فَإِذَا وردتْ مَاشِيَتُهُ تَرَكَ الْفَضْلَ لِلنَّاسِ، وَكَأَنَّهُ رَأَى أَنَّ الْبِئْرَ لَا يُتَمَلَّكُ بِالْإِحْيَاءِ[٦].

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا.

---

(١) مكانها بياض في (م). (٢) من (م).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بيع».

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «مبيعة».

(٦) في (م): «بالإحياز».

٢٠٣٧ وَذَلِكَ: أَنَّهُمُ **اتَّفَقُوا**(١) عَلَى مَنْعِ التَّفْرِقَةِ (فِي الْبَيعِ)(٢) بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا، لِثُبُوتِ [م/١٩٨ظ] قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»(٣).

٢٠٣٨ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أ) فِي وَقْتِ جَوَازِ التَّفْرِقَةِ.

(ب) وَفِي حُكْمِ الْبَيْعِ إِذَا وَقَعَ.

٢٠٣٩ فَأَمَّا حُكْمُ الْبَيْعِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٤): **يُفْسَخُ**.

---

(١) وحكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٢)، وابن قدامة فِي «المغني» (٢/ ٣٢٠)، وبدر الدين العيني فِي «البناية شرح الهداية» (٨/ ٢٢١)، والرملي في «نهاية المحتاج» (٣/ ٤٧٣).

(٢) من (م).

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٨٣)، وأحمد (٥/ ٤١٢ ـ ٤١٣)، والدارقطني (٣/ ٦٧)، والحاكم (٢/ ٦٣)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٤٥٦)، والطبراني في «الكبير» (٤، رقم: ٤٠٨٠) من طريق حيي بن عبد الله المعافري عن أبي عبد الرحمن الحُبُلي عن أبي أيوب الأنصاري بمثله مرفوعًا به.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب».
قال ابن القطان في كتابه «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٢١): «وإنما لم يصححه، لأنه من رواية ابن وهب عن حيي بن عبد الله».
وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/ ٥١٩): «في إسناده حيي بن عبد الله المعافري، ولم يخرِّج له مسلم».
وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٨): «وفي إسناده حيي بن عبد الله المعافري مختلف فيه».
وقال في «الدراية» (٢/ ١٥٢): «إسناده ضعيف».

(٤) قال ابن القاسم: وإن وقع البيع بالتفرقة قبل حده، فسخ البيع. «النوادر والزيادات» (١/ ٣٣٧). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٤٠).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٢]: لَا يُفْسَخُ، وَيأَثم الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي[٣].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلِ النَّهْيُ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَنْهِيِّ إِذَا كَانَ لِعِلَّةٍ مِنْ خَارِجٍ؟

٢٠٤٠ وَأَمَّا الْوَقْتُ الَّذِي يَنْتَقِلُ فِيهِ الْمَنْعُ إِلَى الْجَوَازِ:

فَقَالَ مَالِكٌ: حَدُّ ذَلِكَ الْإِثْغَارُ[٤].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَدُّه سَبْعُ سِنِينَ أَوْ ثَمَانٍ[٥].

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[٦]: حَدُّهُ فَوْقَ عَشْرِ سِنِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا نَفَعَ نَفْسَهُ وَاسْتَغْنَى فِي حَيَاتِهِ عَنْ أُمِّهِ.

---

(١) قال الماوردي: «فإذا ثبت هذا: ففي الزمان الذي تحرم فيه التفرقة بينهما قولان للشافعي: **أحدهما**: نص عليه فِي «سير الواقدي»، ونقله المزني إلى هذا الموضع إلى استكمال سبع سنين، ثم يفرق بينهما من بعد، وبه قال مالك، لأنه حدُّ التفرقة فِي تخيير الكفالة، ولأنه يستقل فيها بنفسه فِي لباسه ومطعمه. **والقول الثاني**: إلى وقت البلوغ». والمعتمد وقت البلوغ.
«الحاوي الكبير» (١٢/ ٢٤٣)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤١).

(٢) انظر: «التجريد» (٥/ ٢٦٤٩)، «فتح القدير» (٦/ ٤٨٤).

(٣) قال القدوري: «قال أصحابنا: لا يجوز التفريق بين المملوكين، إذا كان أحدهما ذا رحم من الآخر حتى يبلغا». «التجريد» (٥/ ٢٦٤٩). وانظر: «فتح القدير» (٦/ ٤٨٤).

(٤) قال القاضي عبد الوهاب: «ولا يفرق بين الأم وولدها فِي البيع حتى يثغر». «التلقين» (ص١٠٥). وانظر: «النوادر والزيادات» (١/ ٣٣٧).

(٥) قال الماوردي: «فإذا ثبت هذا: ففي الزمان الذي تحرم فيه التفرقة بينهما قولان للشافعي:
أحدهما: نصَّ عليه في «سير الواقدي»، ونقله المزني إلى هذا الموضع إلى استكمال سبع سنين، ثم يفرق بينهما من بعد، وبه قال مالك، لأنه حدُّ التفرقة فِي تخيير الكفالة، ولأنه يستقل فيها بنفسه في لباسه ومطعمه.
والقول الثاني: إلى وقت البلوغ».
«الحاوي الكبير» (١٢/ ٢٤٣)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤١).

(٦) «الاستذكار» (١٠/ ١٣٣).

٢٠٤١ وَيَلْحَقُ بِهَذَا الْبَابِ إِذَا وَقَعَ فِي الْبَيْعِ غَبْنٌ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ؛ هَلْ يُفْسَخُ الْبَيْعَ[١] أَمْ لَا؟

فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ: أَنَّه لَا يُفْسَخُ[٢].

وَقَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ: إِذَا كَانَ فَوْقَ الثُّلُثِ رُدَّ، وَحَكَاهُ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٣]. وَجَعْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ الْخِيَارَ لِصَاحِبِ الْجَلَبِ إِذَا تَلَقَّى خَارِجَ الْمِصْرِ دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْغَبْنِ[٤].

وَكَذَلِكَ مَا جَعَلَ لِمُنْقِذ بْنِ حِبَّانَ مِنَ الْخِيَارِ ثَلَاثًا، لَمَّا ذُكِرَ له أَنَّهُ يَغْبَنُ فِي الْبُيُوعِ. وَرَأَى قَوْمٌ مِنَ السَّلَفِ الْأَوَّلِ أَنَّ حُكْمَ الْوَالِدِ[٥] فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْوَالِدَةِ[٦].

وَقَوْمٌ رَأَوْا ذَلِكَ فِي الْإِخْوَةِ[٧].

الْبَابُ السَّادِسُ: فِي النَّهْيِ مِنْ قِبَلِ وَقْتِ الْعِبَادَاتِ

وهذا إِنَّمَا وَرَدَ فِي الشَّرْعِ فِي وَقْتِ وُجُوبِ السَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ فَقَطْ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾ [الجمعة: ٩] [أ/ ٣٦١ظ].

وَهَذَا أَمْرٌ **مُجْمَعٌ عَلَيْهِ** ـ فِيمَا أَحْسَبُ[٨]؛ أَعْنِي: مَنْعَ الْبَيْعِ عِنْدَ الْأَذَانِ الَّذِي يَكُونُ بَعْدَ الزَّوَالِ وَالْإِمَامُ عَلَى الْمِنْبَرِ.

---

(١) من (م).
(٢) انظر: «شرح ميارة» (٢/ ٦٥)، «منح الجليل» (٨/ ٥٢).
(٣) «شرح التلقين» (٢/ ٧٠٠).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في (ج): «الولد».
(٦) «الاستذكار» (١٠/ ١٣٤).
(٧) «الاستذكار» (١٠/ ١٣٤).
(٨) حكى الإجماع على ذلك: ابن العربي في «أحكام القرآن» (٤/ ٢١٣)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٩٦).
قال ابن هبيرة: «واتفقوا على كراهية البيع في وقت النداء يوم الجمعة».
قال ابن العربي: «وهذا مُجمع على العمل به، ولا خلاف في تحريم البيع».

٢٠٤٢ وَاختَلَفُوا فِي حُكْمِهِ إِذَا وَقَعَ هَلْ يُفْسَخُ أَو لَا؟
وإِنْ فُسِخَ فَعَلَى مَنْ يُفْسَخُ؟
وَهَلْ يَلْحَقُ سَائِرُ الْعُقُودِ فِي هَذَا الْمَعْنَى بِالْبَيْعِ أَمْ لَا يَلْحَقُ؟
فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ يُفْسَخُ(١).
[ب/ ٣٢٠ظ] وَقَدْ قِيلَ: لَا يُفْسَخُ.
وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ(٢)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٣).
وَسَبَبُ الْخِلَافِ ـ كَمَا قُلْنَا غَيْرَ مَا مَرَّةٍ ـ هَلِ النَّهْيُ الْوَارِدُ لِسَبَبٍ مِنْ خَارِجٍ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ أَوْ لَا يَقْتَضِيهِ؟
٢٠٤٣ وَأَمَّا عَلَى مَنْ يُفْسَخُ؟
فَعِنْدَ مَالِكٍ: عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ، لَا عَلَى مَنْ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ(٤).
وَأَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ: فَتَقْتَضِي أُصُولُهُمْ أَنْ يُفْسَخَ عَلَى كُلِّ بَائِعٍ(٥).
وَأَمَّا سَائِرُ الْعُقُودِ:
(أ) فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُلْحَقَ بِالْبُيُوعِ، لِأَنَّ فِيهَا الْمَعْنَى الَّذِي فِي الْبَيْعِ مِنَ الشُّغْلِ بِهِ عَنِ السَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ.
(ب) وَيُحْتَمَلُ أَلَّا يُلْحَقَ بِهِ؛ لِأَنَّهَا تَقَعُ فِي هَذَا الْوَقْتِ نَادِرًا؛ بِخِلَافِ الْبُيُوعِ.
وَأَمَّا سَائِرُ الصَّلَوَاتِ:

---

(١) قال ابن عبد البر: «ولم يختلفوا فِي فسخ البيع». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٢٢).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٤١).
(٣) قال الكاساني: «ومنها: البيع وقت النداء... فكان البيع فِي ذاته مشروعًا جائزًا، لكنه يكره؛ لأنه اتصل به غير مشروع، وهو ترك السعي». «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٢)، وانظر: «البناية شرح الهداية» (٣/ ٨٩).
(٤) «التاج والإكليل» (٢/ ١٨٢).
(٥) «المحلى» (٣/ ٢٩٠).

٢٠٤٤ فَيُمْكِنُ أَنْ يلْحَقَ بِالْجُمُعَةِ، عَلَى جِهَةِ النَّدْبِ، مَا لَمْ يَفُتِ الْوَقْتُ.

فَإِذَا فَاتَ: فَعَلَى جِهَةِ الْحَظْرِ، **وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ فِي عِلْمِي**، وَلِذَلِكَ مَدَحَ اللهُ تَعَالَى تَارِكِي الْبُيُوعِ لِمَكَانِ الصَّلَاةِ، فَقَالَ تَعَالَى: ﴿رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَٰرَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَإِقَامِ ٱلصَّلَوٰةِ وَإِيتَآءِ ٱلزَّكَوٰةِ﴾ [النور: ٣٧].

انْقَضَى **الْقِسْمُ الْأَوَّلُ**، وَالْحَمْدُ للهِ كَثِيرًا.

وَإِذْ قَدْ أَثْبَتْنَا أَسْبَاب الْفَسَادِ الْعَامَّةِ لِلْبُيُوعِ، فَلْنَصِرْ إِلَى ذِكْرِ الْأَسْبَابِ وَالشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ لَهُ.

(وَهُوَ **الْقِسْمُ الثَّانِي** مِنَ النَّظَرِ الْعَامِّ فِي الْبُيُوعِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: وَالْأَسْبَابُ وَالشُّرُوطُ الْمُصَحِّحَةُ لِلْبَيْعِ)(١):

هِيَ بِالْجُمْلَةِ ضِدُّ الْأَسْبَابِ الْمُفْسِدَةِ لَهُ.

٢٠٤٥ وَهِيَ مُنْحَصِرَةٌ فِي **ثَلَاثَةِ أَجْنَاسٍ**:

النَّظَرُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَقْدِ.

وَالثَّانِي: فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ(٢).

وَالثَّالِثُ: فِي الْعَاقِدَين.

فَفِي هَذَا الْقِسْمِ **ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ.**

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَقْدِ

وَالْعَقْدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِأَلْفَاظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ الَّتِي صِيغَتُهَا مَاضِيَةٌ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ القائل: قَدْ بِعْتُ مِنْكَ، وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: قَدِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ.

٢٠٤٦ وَإِذَا قَالَ لَهُ: بِعْنِي سِلْعَتَكَ بِكَذَا وَكَذَا، فَقَالَ: قَدْ بِعْتُهَا:

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) من (م).

فَعِنْدَ مَالِكٍ[(١)]: أَنَّ الْبَيْعَ قَدْ وَقَعَ [م/١٩٩و]، وَقَدْ لَزِمَ الْمُسْتَفْهِمَ ـ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ فِي ذَلِكَ بِعُذْرٍ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[(٢)]: أَنَّهُ لَا يَتِمُّ الْبَيْعُ حَتَّى يَقُولَ الْمُشْتَرِي: [أ/٣٦٢و] قَدِ اشْتَرَيْتُ. وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ: بِكَمْ تَبِيعُ سِلْعَتَكَ؟

فقال الْمُشْتَرِي: بِكَذَا وَكَذَا، فَقَالَ: قَدِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ.

٢٠٤٧ **اخْتُلِفَ** هَلْ يَلْزَمُ الْبَيْعُ أَمْ لَا حَتَّى يَقُولَ: قَدْ بِعْتُهَا مِنْكَ؟

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ يَقَعُ الْبَيْعُ بِالْأَلْفَاظِ الصَّرِيحَةِ وَبِالْكِنَايَةِ[(٣)].

وَلَا أَذْكُرُ لِمَالِكٍ فِي ذَلِكَ قَوْلًا.

وَلَا يَكْفِي عِنْدَ الشَّافِعِيِّ الْمُعَاطَاةُ دُونَ قَوْلٍ[(٤)].

٢٠٤٨ **وَلَا خِلَافَ** ـ فِيمَا أَحْسَبُ ـ أَنَّ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ (الْمُؤَثِّرَيْنِ فِي اللُّزُوم)[(٥)] لَا يَتَرَاخَى أَحَدُهُمَا عَنِ الثَّانِي حَتَّى يَفْتَرِقَ الْمَجْلِسُ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ مَتَى قَالَ الْبَائِعُ: قَدْ بِعْتُ سِلْعَتِي بِكَذَا وَكَذَا، فَسَكَتَ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَقْبَلِ الْبَيْعَ حَتَّى افْتَرَقَا، ثُمَّ أَتَى بَعْدَ ذَلِكَ، فَقَالَ: قَدْ قَبِلْتُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْبَائِعَ.

٢٠٤٩ **وَاخْتَلَفُوا**: مَتَى يَكُونُ اللُّزُومُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[(٦)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٧)]، وَأَصْحَابُهُمَا، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: إِنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ فِي الْمَجْلِسِ بِالْقَوْلِ، وَإِنْ لَمْ [ب/٣٢١و] يَفْتَرِقَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٨)]، وَأَحْمَدُ[(٩)]، وَإِسْحَاقُ[(١٠)]، ....

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٣).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٤١).
(٣) في (م): «وبالكتابة».
(٤) في (م): «قبول».
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٦) «المقدمات» (٢/ ٩٨)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤).
(٧) «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣١)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٧).
(٨) «روضة الطالبين» (٣/ ٩٦)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١٠/ ١٧٣).
(٩) «الإنصاف» (٤/ ٣٧٣).
(١٠) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).

وَأَبُو ثَوْرٍ[(١)]، وَدَاوُدُ[(٢)]، وَابْنُ عُمَرَ[(٣)] مِنَ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم: الْبَيْعُ لَازِمٌ بِالِافْتِرَاقِ مِنَ الْمَجْلِسِ، وَأَنَّهُمَا مَهْمَا لَمْ يَفْتَرِقَا، فَلَيْسَ يَلْزَمُ الْبَيْعُ وَلَا يَنْعَقِدُ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ[(٤)] ـ فِي طَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَابْنِ الْمُبَارَكِ[(٥)]، وَسَوَّارٍ الْقَاضِي[(٦)]، وَشُرَيْحٍ الْقَاضِي[(٧)]، وَجَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ وَغَيْرِهِمْ[(٨)].

وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ[(٩)]، (وَأَبِي بُرَيْدَةَ الْأَسْلَمِيِّ[(١٠)] مِنَ الصَّحَابَةِ[(١١)]، وَلَا مُخَالِفَ لَهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَعُمْدَةُ الْمُشْتَرِطِينَ لِخِيَارِ الْمَجْلِسِ:

حَدِيثُ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ)[(١٢)] أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ، مَا لَمْ يَفْتَرِقَا ـ إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ»**[(١٣)].

وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ هَذَا الْحَدِيثِ: **«إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»**[(١٤)].

وَهَذَا حَدِيثٌ إِسْنَادُهُ عِنْدَ الْجَمِيعِ مِنْ أَوْثَقِ الْأَسَانِيدِ، وَأَصَحِّهَا، حَتَّى ـ لَعَمْرِي[(١٥)] ـ لَقَدْ زَعَمَ أَبُو مُحَمَّدٍ: أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْإِسْنَادِ يُوقِعُ الْعِلْمَ، وَإِنْ كَانَ

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).
(٣) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).
(٤) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).
(٥) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٥).
(٦) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤). وهو القاضي سوَّار بن عبد الله بن سوَّار بن عبد الله بن قدامة التميمي العنبري، أبو عبد الله البصري، قاضي الرصافة، مات ٢٤٥هـ، كما في «السير» (١١/ ٥٤٥).
(٧) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٥).
(٨) ينظر: «الإشراف»، لابن المنذر (٨/ ١٠٥).
(٩) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٤).
(١٠) «الاستذكار» (٦/ ٣٧٥).
(١١) كذا، والصواب: «بريدة الأسلمي».
(١٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(١٣) أخرجه البخاري (٢١٠٨).
(١٤) أخرجه البخاري (٢١٠٩).
(١٥) من (م).

مِنْ طَرِيقِ الْآحَادِ[(١)]!

وَأَمَّا الْمُخَالِفُونَ: فَقَدِ اضْطَرَبَ بِهِمْ وَجْهُ الدَّلِيلِ، لِمَذْهَبِهِمْ فِي رَدِّ الْعَمَلِ بِهَذَا الْحَدِيثِ.

فَالَّذِي اعْتَمَدَ عَلَيْهِ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَدِّ الْعَمَلِ بِهِ: أَنَّهُ لَمْ يُلْفِ عَمَلَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ عَلَيْهِ.

مَعَ أَنَّهُ عَارَضَهُ عِنْدَهُ: مَا رَوَاهُ مِنْ مُنْقَطِعِ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُ قَالَ: «أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَرَادَّانِ»[(٢)(*)].

---

(١) «المحلى» (٧/ ٣٣٥)، وذكر عدة أسانيد للحديث، وقال: «وهذه أسانيد متواترة متظاهرة منتشرة توجب العلم الضروري».

(٢) أخرجه أحمد (٧/ ٤٤٥)، وابن ماجه (٢١٨٦)، (٣/ ٥٣٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٩٥)، (٥/ ٣٣٣)، من حديث ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن ابن مسعود.

وابن أبي ليلى: قال عنه البيهقي: «وهو ـ وإن كان في الفقه كبيرًا ـ فهو ضعيفٌ في الرواية؛ لسوء حفظه، وكثرة أخطائه في الأسانيد والمتون، ومخالفته الحفاظ فيها».

وأخرجه الترمذي (١٢٧٠)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢)، من طريق عون بن عبد الله، عن ابن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: **«إذا اختلف البيِّعان؛ فالقول قول البائع. والمبتاع بالخيار»**.

قال الترمذي: «هذا حديث مرسلٌ، عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود».

وقال البيهقي: «عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود».

وأخرجه النسائي (٧/ ٢٠٢)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والدارقطني (٣/ ١٨)، وصححه الحاكم (٢/ ٥٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢) كلهم، من طريق أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه عبد الله بن مسعود بنحوه.

وقال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٤/ ٢٩٠): «وهذا حديث محفوظ عن ابن مسعود، كما قال مالك، وهو عند جماعة العلماء أصل تلقَّوه بالقَبول، وبنوا عليه كثيرًا من فروعه، وقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد».

وقال ابن عبد الهادي في «تنقيح تحقيق أحاديث التعليق» (٢/ ٥٦١): «قال أئمة التعديل: والذي يظهر أن حديث ابن مسعود في هذا الباب حَسَنٌ بمجموع طرقه، وله أصل، قالوا: حديث حسن يحتج به، لكن في لفظه اختلاف كما ترى». =

= وقال الدارقطني في العلل (٨٢٢): «يرويه القاسم بن عبد الرحمٰن، واختلف عنه: فرواه عمرو بن قيس، عن القاسم بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن جده عبد الله بن مسعود.
حدَّث به عنه عمرو بن أبي قيس.
ورواه معن بن عبد الرحمٰن، عن القاسم، واختلف عنه؛
فرواه أبو حذيفة، عن الثوري، عن معن، عن القاسم، عن أبيه، عن ابن مسعود.
قاله أحمد بن يونس الضبي عنه.
وخالفه عبد الرحمٰن بن مهدي، وأبو داود الحفري، وغيرهما، فرووه عن الثوري، عن معن، عن القاسم مرسلًا، عن ابن مسعود.
ورواه أبو حنيفة، عن القاسم، واختلف عنه؛ فرواه ابن أبي السري العسقلاني، عن المقرئ، عن أبي حنيفة، عن القاسم، عن أبيه، عن جده عبد الله.
وتابعه عبد الله بن بزيع، فرواه عن أبي حنيفة، والحسن بن عمارة، عن القاسم، عن أبيه، عن ابن مسعود.
ورواه ابن أبي ليلى، عن القاسم، واختلف عنه؛ فرواه موسى بن عقبة، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم، عن أبيه، عن ابن مسعود، وزاد فيه لفظة لم يأت بها غيره، فقال: «والسلعة قائمة كما هي».
وخالفه هشيم، فرواه عن ابن أبي ليلى، عن القاسم، عن ابن مسعود، مرسلًا.
قال ذلك أحمد بن حنبل، وسعيد بن منصور، عن هشيم.
وقيل: عن هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم، عن أبيه، عن ابن مسعود.
ورواه أبان بن تغلب، وعبد الرحمٰن المسعودي، عن القاسم، عن ابن مسعود، مرسلًا.
والمحفوظ هو المرسل.
قال الدارقطني: وحدَّثنا نصر بن بيزويه الشيرازي أبو القاسم ـ ثقة مأمون، قال: حدَّثنا أحمد بن يونس الضبي، حدَّثنا موسى بن مسعود، حدَّثنا سفيان، عن معن بن عبد الرحمٰن، عن القاسم بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن ابن مسعود، عن النبي ﷺ نحوه، وقبله، فقال عبد الله: أما أني أقضي بيني وبينك بقضاء سمعته من رسول الله ﷺ، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا اختلف البيعان ليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يترادَّان**».
وقال في حديث الثوري: فالقول قول رب السلعة أو يترادَّان الفضل. =

فَكَأَنَّهُ حَمَلَ هَذَا عَلَى عُمُومِهِ.

وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَ الْمَجْلِسِ، وَلَوْ [أ/ ٣٦٢ظ] كَانَ الْمَجلِسُ شَرْطًا فِي انْعِقَادِ الْبَيْعِ، لَمْ يَكُنْ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَبْيِينِ حُكْمِ الِاخْتِلَافِ فِي الْمَجلِسِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ بَعْدُ لَمْ يَنْعَقِدْ، وَلَا لَزِمَ بعد الِافْتِرَاقِ مِنَ الْمَجْلِسِ، وَهَذَا الْحَدِيثُ مُنْقَطِعٌ، وَلَا يُعَارَضُ بِهِ الْأَوَّلُ.

وَبِخَاصَّةٍ، أَنَّهُ لَا يُعَارِضُهُ إِلَّا مع تَوَهُّمِ الْعُمُومَ فِيهِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يَنْبَنِيَ هَذَا عَلَى ذَلِكَ.

وَهَذَا الْحَدِيثُ لَمْ يُخْرِجْهُ أَحَدٌ مُسْنَدًا ـ فِيمَا أَحْسَبُ[(١)]، فَهَذَا هُوَ الَّذِي اعْتَمَدَهُ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَرْكِ الْعَمَلِ بِهَذَا الْحَدِيثِ.

وَأَمَّا أَصْحَابُ مَالِكٍ:

فَاعْتَمَدُوا فِي ذَلِكَ عَلَى ظَوَاهِرَ سَمْعِيَّةٍ، وَعَلَى الْقِيَاسِ.

فَمِنْ أَظْهَرِ الظَّوَاهِرِ فِي ذَلِكَ:

قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وَالْعَقْدُ هُوَ

= ورواه أبو سعد البقال، عن الشعبي، عن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه، عن النبي ﷺ، قاله أبو بكر بن عياش عنه».

(*) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٤٧١): «جَعَلَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ حديث ابن مسعود هذا كالمفسر لحديث ابن عُمَرَ يَقُولُ: إِنَّ الْمُتَبَايِعَيْنِ قَدْ يَخْتَلِفَانِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ، فَلَوْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ لَمْ تَجِبْ عَلَى الْبَائِعِ يَمِينٌ وَلَا تَرَادٌّ؛ لِأَنَّ التَّرَادَّ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا قَدْ تَمَّ مِنَ الْبُيُوعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.
فَكَأَنَّهُ عِنْدَهُ مَنْسُوخٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدْرِكِ الْعَمَلَ عَلَيْهِ. وَاسْتَدَلَّ عَلَى نسخه بحديث ابن مَسْعُودٍ الَّذِي أَرْدَفَهُ بِقَوْلِ الْقَاسِمِ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ؛ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَفِيمَا أُعْطُوا.
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ، وَذُكِرَ لَهُ حَدِيثُ (الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا) فَقَالَ: قَدْ جَاءَ هَذَا الْحَدِيثُ، وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ شَيْئًا قَدْ تُرِكَ فَلَمْ يُعْمَلْ بِهِ».اهـ.

(١) سبق بيانه.

الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، وَالْأَمْرُ عَلَى الْوُجُوبِ، وَخِيَارُ الْمَجْلِسِ يُوجِبُ تَرْكَ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ، لِأَنَّ لَهُ عِنْدَهُمْ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْبَيْعِ بَعْدَ (مَا انْعقد)[١] ما لَمْ يَفْتَرِقَا.

وَأَمَّا الْقِيَاسُ:

فَإِنَّهُمْ قَالُوا: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فَلَمْ يَكُنْ لِخِيَارِ الْمَجْلِسِ أَثَرٌ أَصْلُهُ سَائِرُ الْعُقُودِ، مِثْلُ النِّكَاحِ، وَالْكِتَابَةِ، وَالْخُلْعِ، وَالرُّهُونِ، وَالصُّلْحِ عَلَى دَمِ[٢] الْعَمْدِ.

فَلَمَّا [ب/ ٣٢١ظ] قِيلَ لَهُمْ: إِنَّ الظَّوَاهِرَ الَّتِي يحْتَجُّونَ بِهَا يُخَصِّصُهَا الْحَدِيثُ الْمَذْكُورُ[٣]، فَلَمْ يَبْقَ لَكُمْ فِي مُقَابَلَةِ الْحَدِيثِ إِلَّا الْقِيَاسُ، فَيَلْزَمُكُمْ عَلَى هَذَا أَنْ تَكُونُوا مِمَّنْ يَرَى تَغْلِيبَ الْقِيَاسِ عَلَى الْأَثَرِ، وَذَلِكَ مَذْهَبٌ مَهْجُورٌ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ.

وَإِنْ كَانَ قَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ تَغْلِيبُ الْقِيَاسِ عَلَى السَّمَاعِ، مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

فَأَجَابُوا عَنْ ذَلِكَ: بِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ رَدِّ الْحَدِيثِ بِالْقِيَاسِ، وَلَا تَغْلِيبه، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ تَأْوِيلِهِ وَصَرْفِهِ عَنْ ظَاهِرِهِ. قَالُوا: وَتَأْوِيلُ الظَّاهِرِ [م/ ١٩٩ظ] بِالْقِيَاسِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ عِنْدَ الْأُصُولِيِّينَ.

قَالُوا: وَلَنَا فِيهِ **تَأْوِيلَانِ**:

(١) **أَحَدُهُمَا**: أَنَّ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي الْحَدِيثِ الْمَذْكُورِ، هُمَا الْمُتَسَاوِمَانِ اللَّذَانِ لَمْ يَنْفذْ[٤] بَيْنَهُمَا الْبَيْعُ.

فَقِيلَ لَهُمْ: إِنَّهُ يَكُونُ الْحَدِيثُ عَلَى هَذَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ مِنْ دِينِ الْأُمَّةِ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ إِذا لَمْ يَقَعْ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ بِالْقَوْلِ.

(٢) وَأَمَّا التَّأْوِيلُ **الْآخَرُ**:

فَقَالُوا: إِنَّ التَّفَرُّقَ هَاهُنَا إِنَّمَا هُوَ كِنَايَةٌ عَنِ الِافْتِرَاقِ بِالْقَوْلِ لَا التَّفَرُّقِ

---

(١) في (م): «ما أنعم».
(٢) مكانها بياض في (م).
(٣) في (م): «المشهور».
(٤) في (م): «ينعقد».

بِالْأَبْدَانِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠].

وَالِاعْتِرَاضُ عَلَى هَذَا: أَنَّ هَذَا مَجَازٌ، وَالْحَقِيقَةُ هِيَ [أ/٣٦٣و] التَّفَرُّقُ بِالْأَبْدَانِ.

وَوَجْهُ التَّرْجِيحِ: أَنْ يُقَاسَ بَيْنَ ظَاهِرِ هَذَا اللَّفْظِ، وَالْقِيَاسِ فَيُغَلَّبُ الْأَقْوَى، وَالْحِكْمَةُ فِي ذَلِكَ هِيَ لِمَوْضِعِ النَّدَمِ.

فَهَذِهِ هِيَ أُصُولُ **الرُّكْنِ الْأَوَّلِ** الَّذِي هُوَ الْعَقْدُ.

٢٠٥٠ **وَأَمَّا الرُّكْنُ الثَّانِي**، فِي الَّذِي هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ:

فَإِنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ سَلَامَتُهُ مِنَ الْغَرَرِ وَالرِّبَا.

وَقَدْ تَقَدَّمَ الْمُخْتَلَفُ فِي هَذِهِ مِنَ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ، وَأَسْبَابُ الِاخْتِلَافِ فِي ذَلِكَ، فَلَا مَعْنَى لِتَكْرَارِهِ.

وَالْغَرَرُ يَنْتَفِي عَنِ الشَّيْءِ بِأَنْ يَكُونَ (مَعْلُومَ الْوُجُودِ)[(١)]، مَعْلُومَ الصِّفَةِ، مَعْلُومَ الْقَدْرِ، مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَذَلِكَ فِي الطَّرَفَيْنِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ، مَعْلُومَ الْأَجَلِ أَيْضًا إِنْ كَانَ بَيْعًا مُؤَجَّلًا.

٢٠٥١ **وَأَمَّا الرُّكْنُ الثَّالِثُ**:

وَهُمَا الْعَاقِدَانِ، فَإِنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِمَا أَنْ يَكُونَا مَالِكَيْنِ تَامَّيِ الْمِلْكِ، أَوْ وَكِيلَيْنِ عن[(٢)] تَامَّيِ الْمِلْكِ بِالْغَبْنِ، وَأَنْ يَكُونَا مَعَ هَذَا غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِمَا، أَوْ عَلَى أَحَدِهِمَا، إِمَّا لِحَقِّ أَنْفُسِهِمَا كَالسَّفِيهِ عِنْدَ مَنْ يَرَى التَّحْجِيرَ عَلَيْهِ، أَوْ لِحَقِّ الْغَيْرِ كَالْعَبْدِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ.

٢٠٥٢ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ، هَلْ يَنْعَقِدُ أَمْ لَا؟

وَصُورَتُهُ: أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ مَالَ غَيْرِهِ بِشَرْطِ إِنْ رَضِيَ بِهِ صَاحِبُ الْمَالِ مضيَ الْبَيْعُ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ فُسِخَ.

---

(١) ليست في (ب). (٢) من (م).

وَكَذَلِكَ فِي شِرَاءِ الرَّجُلِ لِلرَّجُلِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي صَحَّ الشِّرَاءُ وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ:

فَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ(١) [ب/٣٢٢و] فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا.

وَأَجَازَهُ مَالِكٌ(٢) فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَفَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣) بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، فَقَالَ: يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَجُوزُ فِي الشِّرَاءِ.

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ:

مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ (دَفَعَ(٤) إِلَى عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ دِينَارًا، وَقَالَ: اشْتَرِ لَنَا مِنْ هَذَا الْجَلَبِ شَاةً، قَالَ: فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ، وَبِعْتُ [إِحْدَى الشَّاتَيْنِ](٥) بِدِينَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالدِّينَارِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، هَذِهِ شَاتُكُمْ، وَدِينَارُكُمْ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ»(٦).

وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ مِنْهُ:

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ)(٧) لَمْ يَأْمُرْهُ فِي الشَّاةِ الثَّانِيَةِ لَا بِالشِّرَاءِ وَلَا بِالْبَيْعِ؛ فَصَارَ

---

(١) قال النووي: «وقيل: هذا الخلاف، هو القولان فِي بيع الفضولي، فعلى الجديد: يلغو، وعلى القديم: ينعقد موقوفًا على إجازة الموكل». «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٩). وانظر: «منهاج الطالبين» (ص٩٥).

(٢) انظر: «التاج والإكليل» (٦/ ٧٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٤٠).

(٣) قال الكاساني: «بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ». «بدائع الصنائع» (٥/ ١٤٧). وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٩٦).

(٤) من هنا يبدأ خرم فِي (ب).

(٥) في (أ): «شاة».

(٦) أخرجه الترمذي (١٢٥٨)، وابن ماجه (٢٤٠٢)، وأحمد (٤/ ٣٧٦)، والدارقطني (٣/ ١٠)، والبيهقي (٦/ ١١٢) من طريق سعيد بن زيد، حدَّثنا الزبير بن الخريت، حدَّثنا أبو لبيد، عن عروة بن أبي الجعد به.
قال البيهقيُّ: «رَوَاهُ جَمَاعَةٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ، وَهُوَ أَخُو حَمَّادِ بْنِ زَيْدٍ، وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ».

(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (ب).

ذَلِكَ حُجَّةً عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ فِي صِحَّةِ الشِّرَاءِ لِلْغَيْرِ، وَعَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ:

النَّهْيُ الْوَارِدُ عَنْ بَيْعِ الرَّجُلِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ.

وَالْمَالِكِيَّةُ تَحْمِلُهُ عَلَى بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ لَا لِغَيْرِهِ، قَالُوا: وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا وَرَدَ فِي حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، وَقَضِيَّتُهُ مَشْهُورَةٌ، وَذَلِكَ: أَنَّهُ كَانَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ(١).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

الْمَسْأَلَةُ الْمَشْهُورَةُ، [أ/٣٦٣ظ] هَلْ إِذَا وَرَدَ النَّهْيُ عَلَى سَبَبٍ؛ حُمِلَ عَلَى سَبَبِهِ أَوْ تَعَمَّمَ؟

فَهَذِهِ هِيَ أُصُولُ هَذَا الْقِسْمِ.

وَبِالْجُمْلَةِ فَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْقِسْمِ هُوَ مُنْطَو بِالْقراءة فِي الْجُزْءِ الْأَوَّلِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ الصِّنَاعِيَّ الْفِقْهِيَّ يَقْتَضِي أَنْ يُفْرَدَ بِالتَّكَلُّمِ فِيهِ.

وَإِذْ قَدْ تَكَلَّمْنَا فِي هَذَا الْجُزْءِ بِحَسَبِ غَرَضِنَا، فَلْنَصِرْ إِلَى الْقِسْمِ الثَّالِثِ، وَهُوَ الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ الْعَامَّةِ لِلْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ:

الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ الْعَامَّةِ لِلْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ.

٢٠٥٣ وَهَذَا الْقِسْمُ يَنْحَصِرُ أُصُولُهُ، الَّتِي لَهَا تَعَلُّقٌ قَرِيبٌ بِالْمَسْمُوعِ **فِي أَرْبَعِ جُمَلٍ:**

الْجُمْلَةُ الْأُولَى:

فِي أَحْكَامِ وُجُودِ الْعَيْبِ فِي الْمَبِيعَاتِ.

---

(١) أحمد (١٥٣١١)، وأبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، وحسَّنه، وابن ماجه (٢١٨٧).

وَالْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ:

فِي الضَّمَانِ[(١)] فِي [م/ ٢٠٠و] الْمَبِيعَاتِ؛ هَلْ يَنْتَقِلُ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ إِلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي؟

وَالثَّالِثَةُ:

فِي مَعْرِفَةِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي تَتْبَعُ الْمَبِيعَ مِمَّا هِيَ مَوْجُودَةٌ فِيهِ فِي حِينِ الْبَيْعِ مِنَ الَّتِي لَا يتبعها.

وَالرَّابِعَةُ:

فِي اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الْأَلْيَقُ بِهِ كِتَابَ الْأَقْضِيَةِ.

وَكَذَلِكَ أَيْضًا - مِنْ أَبْوَابِ أَحْكَامِ الْبُيُوعِ الِاسْتِحْقَاقُ، وَكَذَلِكَ الشُّفْعَةُ هِيَ أَيْضًا مِنَ الْأَحْكَامِ الطَّارِئَةِ عَلَيْهِ، ولَكِنْ جَرَتِ الْعَادَةُ (أَنْ يُفْرَدَ)[(٢)] لَهَا كِتَابٌ.

٢٠٥٤ الْجُمْلَةُ[(٣)] الْأُولَى:

وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ فِيهَا بَابَانِ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَحْكَامِ وُجُودِ الْعُيُوبِ فِي الْبَيْعِ (الْمُطْلَقِ.

وَالْبَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِمَا فِي الْبَيْعِ)[(٤)] بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ.

٢٠٥٥ **الْبَابُ الْأَوَّلُ** فِي أَحْكَامِ الْعُيُوبِ فِي الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ.

وَالْأَصْلُ فِي وُجُوب الرَّدِّ بِالْعَيْبِ:

قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وَحَدِيثُ الْمُصَرَّاةِ الْمَشْهُورُ[(٥)].

وَلَمَّا كَانَ الْقَائِمُ بِالْعَيْبِ:

لَا يَخْلُو أَنْ يَقُومَ فِي عَقْدٍ يُوجِبُ الرَّدَّ، أَوْ لا يَقُومَ فِي عَقْدٍ يُوجِبُ ذَلِكَ.

---

(١) في (م): «الضدان».
(٢) مكانها بياض فِي (م).
(٣) في (م): «المسألة».
(٤) ما بين القوسين من (م).
(٥) تقدم تخريجه.

ثُمَّ إِذَا قَامَ فِي عَقْدٍ يُوجِبُ ذَلِكَ:

فَلَا يَخْلُو أَيْضًا أَنْ يَقُومَ بِعَيْبٍ يُوجِبُ حُكْمًا، أَوْ لَا يُوجِبُهُ.

ثُمَّ إِنْ قَامَ بِعَيْبٍ يُوجِبُ حُكْمًا:

فَلَا يَخْلُو أَيْضًا الْمَبِيعُ (من أَنْ يَكُونَ)[1] قَدْ حَدَثَ فِيهِ تَغَيُّرٌ بَعْدَ الْبَيْعِ، أَوْ لَا يَكُونُ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَحْدُثْ فَمَا حُكْمُهُ؟

وَإِنْ كَانَ حَدَثَ فِيهِ فَكَمْ أَصْنَافُ التَّغْيِيرَاتِ [ب/ ٣٢٢ظ] وَمَا حُكْمُهَا؟

٢٠٥٦ فكَانَتِ الْفُصُولُ الْمُحِيطَةُ (بِأُصُولِ هَذَا)[2] الْبَابِ خَمْسَةٌ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ الْعُقُودِ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا بِوُجُودِ الْعَيْبِ حُكْمٌ، مِنَ الَّتِي لَا يَجِبُ فِيهَا.

الثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُوجِبُ الْحُكْمَ، وَمَا شَرْطُهَا الْمُوجِبُ لِلْحُكْمِ فِيهَا؟

الثَّالِثُ: (فِي مَعْرِفَةِ [حُكْمِ البيع الْمُوجِبِ إِذَا كَانَ الْبَيعُ لَمْ يَتَغَيَّرْ)[3].

الرَّابِعُ: فِي مَعْرِفَةِ][4] أَصْنَافِ التَّغْيِيرَاتِ الْحَادِثَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَحُكْمِهَا.

الْخَامِسُ: فِي الْقَضَاءِ فِي هَذَا الْحُكْمِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الْأَلْيَقُ بِهِ كِتَابَ الْأَقْضِيَةِ.

٢٠٥٧ **الْفَصْلُ** [أ/ ٣٦٤و] **الْأَوَّلُ، مِنَ الْبَابِ الْأَوَّلِ:**

أَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا بِالْعَيْبِ حُكْمٌ بِلَا خِلَافٍ، فَهِيَ الْعُقُودُ الَّتِي الْمَقْصُودُ مِنْهَا الْمُعَاوَضَةُ، كَمَا أَنَّ الْعُقُودَ الَّتِي لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا الْمُعَاوَضَةَ لَا خِلَافَ أَيْضًا فِي أَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْعَيْبِ فِيهَا، كَالْهِبَاتِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ، وَالصَّدَقَةِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) في (م): «بهذا».

(٣) ما بين القوسين في (م): «إذا حدث في المبيع عيبًا عند المشتري فأراد [بياض مقدار كلمتين] أن الرد بالعيب».

(٤) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).

وَأَمَّا مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الصِّنْفَيْنِ مِنَ الْعُقُودِ؛ أَعْنِي: مَا جَمَعَ قَصْدَ[١] الْمُكَارَمَةِ، وَالْمُعَاوَضَةِ، مِثْلُ هِبَةِ الثَّوَابِ؛ فَالْأَظْهَرُ فِي الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ لَا حُكْمَ فِيهَا بِوُجُودِ الْعَيْبِ[٢]، وَقَدْ قِيلَ: يُحْكَمُ بِهِ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ مُفْسِدًا.

٢٠٥٨ الْفَصْلُ الثَّانِي:

وَفِي هَذَا الْفَصْلِ نَظَرَانِ:

أَحَدُهُمَا: فِي الْعُيُوبِ الَّتِي تُوجِبُ الْحُكْمَ.

والثَّانِي: فِي الشَّرْطِ الْمُوجِبِ لَهُ.

فَأَمَّا الْعُيُوبُ الَّتِي تُوجِبُ الْحُكْمَ:

فَمِنْهَا عُيُوبٌ فِي النَّفْسِ.

وَمِنْهَا عُيُوبٌ فِي الْجِسْمِ.

وَهَذِهِ، (مِنْهَا[٣]: مَا هِيَ عُيُوبٌ بِأَنْ تَشْتَرِطَ أَضْدَادَهَا فِي الْمَبِيعِ، [وَهِيَ التي تُسَمَّى عُيُوبًا مِنْ قِبَلِ الشَّرْطِ.

وَمِنْهَا: مَا هِيَ عُيُوبٌ تُوجِبُ الْحُكْمَ؛ بأن يُشْتَرَطْ وُجُودُ أَضْدَادِهَا فِي الْمَبِيعِ، وَهَذِهِ][٤])[٥] هِيَ الَّتِي فَقْدُهَا نَقْصٌ فِي أَصْلِ الْخِلْقَةِ.

وَأَمَّا الْعُيُوبُ الْأُخَرُ؛ فَهِيَ الَّتِي أَضْدَادُهَا كَمَالَاتٌ[٦]، وَلَيْسَ فَقْدُهَا نَقْصًا مِثْلُ الصَّنَائِعِ، وَأَكْثَرُ مَا يُوجَدُ هَذَا الصِّنْفُ فِي أَحْوَالِ النَّفْسِ، وَقَدْ يُوجَدُ فِي أَحْوَالِ الْجِسْمِ.

---

(١) في (م): «فضل».

(٢) قال ابن رشد الجد: «طريقه المكارمة يجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيوع». «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٥٠). وانظر: «شرح التلقين» (٢/ ٦١٨)، «التاج والإكليل» (٦/ ٤١٠).

(٣) من هنا يبدأ خرم في (أ).

(٤) ما بين المعكوفتين ليس في (ب).

(٥) إلى هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه آنفًا في (أ).

(٦) مكانها بياض في (م).

وَالْعُيُوبُ الْجِسْمَانِيَّةُ: مِنْهَا مَا هِيَ فِي أَجْسَامِ ذَوَاتِ الْأَنْفُسِ، وَمِنْهَا مَا هِيَ فِي غَيْرِ ذَوَاتِ الْأَنْفُسِ.

وَالْعُيُوبُ الَّتِي لَهَا تَأْثِيرٌ فِي الْعَقْدِ هِيَ عِنْدَ الْجَمِيعِ مَا نَقَصَ عند الْخِلْقَةِ الطَّبِيعِيَّةِ، أَوِ الْخُلُقِ الشَّرْعِيِّ نُقْصَانًا لَهُ تَأْثِيرٌ فِي ثَمَنِ الْمَبِيعِ.

وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْأَزْمَانِ وَالْعَوَائِدِ، فَرُبَّمَا كَانَ النَّقْصُ فِي الْخِلْقَةِ فَضِيلَةً فِي الشَّرْعِ، كَالْخِفَاضِ فِي الْإِمَاءِ، وَالْخِتَانِ فِي الْعَبِيدِ.

وَلِتَقَارُبِ هَذِهِ الْمَعَانِي فِي شَيْءٍ شَيْءٍ[1] مِمَّا يَتَعَامَلُ بِهِ النَّاسُ، وَقَعَ الْخِلَافُ بَيْنَ [م/٢٠٠ظ] الْفُقَهَاءِ فِي ذَلِكَ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ: مَا اشْتَهَرَ الْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ؛ لِيَكُونَ مَا يَحْصُلُ مِنْ ذَلِكَ فِي نَفْسِ الْفَقِيهِ، يَعُودُ كَالْقَانُونِ وَالدُّسْتُورِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ، فِيمَا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا مِمَّنْ تَقَدَّمَهُ، أَوْ فِيمَا لَمْ يَقِفْ عَلَى نَصٍّ فِيهِ لِغَيْرِهِ.

٢٠٥٩ فَمِنْ ذَلِكَ: وُجُودُ الزِّنَا فِي الْعَبدِ.

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[2]، وَالشَّافِعِيُّ[3]: هُوَ عَيْبٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[4]: لَيْسَ بِعَيْبٍ، وَهُوَ نَقْصٌ فِي الْخُلُقِ الشَّرْعِيِّ الَّذِي هُوَ الْعِفَّةُ.

---

(١) من (م).

(٢) قال القاضي عبد الوهاب: «وبياض الشعر والإباق والزنا والبخر والسرقة والزوج والولد في العبد والأمة والحمل والدين». «التلقين» (٢/ ١٥٥). وانظر: «التاج والإكليل» (٦/ ٣٤١).

(٣) قال الماوردي: «ولو اشترى عبدًا فكان زانيًا أو في فمه بخر كان عيبًا وله الرد». «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٥٣). وانظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٦١).

(٤) قال القدوري: «والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام». «مختصر القدوري» (ص٦٥). وانظر: «المبسوط» (١٣/ ١٠٦).

٢٠٦٠ وَالزَّوَاجُ [ب/٣٢٣و] عِنْدَ مَالِكٍ ـ عَيْبٌ[١]، وَهُوَ مِنَ الْعُيُوبِ الْعَائِقَةِ عَنِ الِاسْتِعْمَالِ، وَكَذَلِكَ الدِّينُ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الْعَيْبَ بِالْجُمْلَةِ هُوَ مَا عَاقَ فِعْلَ النَّفْسِ، أَوْ فِعْلَ الْجِسْمِ، وَهَذَا الْعَائِقُ قَدْ يَكُونُ فِي الشَّيْءِ وَقَدْ يَكُونُ مِنْ [أ/٣٦٤ظ] خَارِجٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]: لَيْسَ الدِّينُ وَلَا الزَّوَاجُ[٣] بِعَيْبٍ، فِيمَا أَحْسَبُ.

٢٠٦١ وَالْحَمْلُ فِي الرَّائِعَةِ[٤] عَيْبٌ عِنْدَ مَالِكٍ.

وَفِي كَوْنِهِ عَيْبًا فِي الْوَخْشِ[٥] خِلَافٌ (فِي الْمَذْهَبِ)[٦].

٢٠٦٢ وَالتَّصْرِيَةُ عِنْدَ مَالِكٍ[٧] وَالشَّافِعِيِّ[٨] عَيْبٌ، وَهُوَ حَقْنُ اللَّبَنِ فِي الثَّدْيِ أَيَّامًا؛ حَتَّى يُوهِمَ ذَلِكَ أَنَّ الْحَيَوَانَ ذُو لَبَنٍ غَزِيرٍ.

وَحُجَّتُهُمْ:

حَدِيثُ الْمُصَرَّاةِ الْمَشْهُورِ، وَهُوَ قَوْلُهُ ـ عليه الصلاة والسلام: **«لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْبَقَرَ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»**[٩].

قَالُوا: فَأَثْبَتَ لَهُ الْخِيَارَ بِالرَّدِّ مَعَ التَّصْرِيَةِ، وَذَلِكَ دَالٌّ عَلَى كَوْنِهِ عَيْبًا

---

(١) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٤٦)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٧).

(٢) ينظر: «كفاية النبيه» (٩/ ٣٦٢).

(٣) في (ب): «للزوج»، وفي (م): «الزوج».

(٤) الرائعة: الجيدة. (٥) الوخْش: الخسيس.

(٦) قال القرافي: «في الكتاب الحمل عيب في العليِّ والوخش خشية الموت عند الوضع وصهوبة الشعر عيب والشيب عيب في الرائعة دون غيرها». «الذخيرة» (٥/ ٦١). وانظر: «التاج والإكليل» (٦/ ٣٤٣).

(٧) قال القاضي عبد الوهاب: «والتصرية عيبٌ وإذا علم المبتاع بعد أن حلبها فله الخيار في إمساكها أو ردها مع صاع من تمر». «التلقين» (ص٣٨٧)، وانظر: «الشرح الكبير» (٣/ ١١٦).

(٨) انظر: «التنبيه»، للشيرازي (ص٩٤)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٧٠).

(٩) أخرجه البخاري (٢١٤٨).

مُؤَثِّرًا. قَالُوا: وَأَيْضًا (فَإِنَّهُ مُدَلِّسٌ)[١]، فَأَشْبَهَ التَّدْلِيسَ بِسَائِرِ الْعُيُوبِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ[٢]: لَيْسَتِ التَّصْرِيَةُ عَيْبًا لِلِاتِّفَاقِ عَلَى أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى شَاةً فَخَرَجَ لَبَنُهَا قَلِيلًا أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِعَيْبٍ.

قَالُوا: وَحَدِيثُ الْمُصَرَّاةِ (يَجِب أَنْ)[٣] لَا يُوجِبَ؛ عَمَلًا لِمُفَارَقَتِهِ الْأُصُولَ، (وَذَلِكَ أَنَّهُ **مُفَارِقٌ لِلْأُصُولِ** مِنْ وُجُوهٍ:

(١) **فَمِنْهَا**: أَنَّهُ مَعَارِضٌ لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[٤][٥] وَهُوَ أَصْلٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

(٢) **وَمِنْهَا**: أَنَّ فِيهِ مُعَاوضَةَ[٦] بَيْعِ طَعَامٍ بِطَعَامٍ نَسِيئَةً، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ.

---

(١) من (م).

(٢) قال السرخسي: «والتصرية ليست بعيب عندنا». «المبسوط» (١٣/ ٣٨). وانظر: «اللباب في الجمع بين السُّنَّة والكتاب» (٢/ ٤٧٩).

(٣) من (م).

(٤) أخرجه أبُو دَاودَ (٣٥١٠)، وابنُ ماجه (٢٢٤٣)، وأحمدُ (٦/ ٨٠، ١١٦)، والدارقطنيُّ (٣/ ٥٣)، والطحاويُّ (٤/ ٢١ ـ ٢٢)، والحاكمُ (٢/ ١٤ ـ ١٥)؛ من طريق مسلمِ بنِ خالدٍ الزّنجي، عن هشامِ بنِ عروةَ، عَن أبيهِ، عن عَائشة مرفُوعًا.
قال أبو داود: إسناده ليس بذاك.
مُسلمُ بن خالد: ضعيفٌ سيءُ الحِفظِ، ولكنَّه توبع، تابعَه: عمر بن عليٍّ المقدمي.
فأخرجه: الترمذيُّ (١٢٨٦)، وابنُ عديٍّ (٥/ ١٧٠٢)، والبيهقيُّ (٥/ ٣٢٢)، من طريقِ عمرَ بنِ عليٍّ المقدمي، عن هشَامٍ به.
قال التِّرْمِذِيُّ: «وهذا حديث حسن صحيح غريب، من حديث هشام بن عروة.
واستغرب محمَّد بن إسماعيل هذا الحديث من حديث عمر بن علِيٍّ، قلت: تراه تدليسًا؟ قَال: لا.
وقد روى مسلم بن خالد الزَّنجيُّ هذا الحديث، عن هشام بن عروة.
ورواه جرير، عن هشام أيضًا.
وحديث جرير يقال تدليس، دَلَّس فيه جرير، لم يسمعه من هشام بن عروة».

(٥) ما بين القوسين ليس في (م). (٦) ليست في (م).

(٣) **وَمِنْهَا**: أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُتْلَفَاتِ إِمَّا الْقِيَمُ وَإِمَّا الْمِثْلُ، وَإِعْطَاءُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ فِي لَبَنٍ لَيْسَ قِيمَةً وَلَا مِثْلًا.

(٤) **وَمِنْهَا**: بَيْعُ الطَّعَامِ الْمَجْهُولِ؛ أَيْ: الْجُزَافُ بِالْمَكِيلِ الْمَعْلُوم، لِأَنَّ اللَّبَنَ الَّذِي دَلَّسَ بِهِ الْبَائِعُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ يَقِلُّ وَيَكْثُرُ، وَالْعِوَضُ هَاهُنَا مَحْدُودٌ.

وَلَكِنَّ الْوَاجِبَ أَنْ يُسْتَثْنَى هَذَا مِنْ هَذِهِ الْأُصُولِ كُلِّهَا؛ لِمَوْضِعِ صِحَّةِ الْحَدِيثِ، وَهَذَا كَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ هَذَا الْبَابِ، وَإِنَّمَا هُوَ حُكْمٌ خَاصٌّ.

وَلَكِنِ اطَّرَدَ إِلَيْهِ الْقَوْلُ، فَلْنَرْجِعْ إِلَى حَيْثُ كُنَّا فَنَقُولُ:

٢٠٦٣ إِنَّهُ **لَا خِلَافَ عِنْدَهُمْ** فِي الْعَوَرِ، وَالْعَمَى، وَقَطْعِ الْيَدِ، وَالرِّجْلِ أَنَّهَا عُيُوبٌ مُؤَثِّرَةٌ(١).

٢٠٦٤ وَالشَّيْبُ فِي الْمَذْهَبِ عَيْبٌ فِي الرَّائِعَةِ.

وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِالْيَسِيرِ مِنْهُ فِيهَا(٢).

٢٠٦٥ وَالِاسْتِحَاضَةُ عَيْبٌ فِي الرَّقِيقِ وَالْوَخْشِ.

٢٠٦٦ وَكَذَلِكَ ارْتِفَاعُ الْحَيْضِ هو عَيْبٌ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَالزَّعَرُ عَيْبٌ، وَأَمْرَاضُ الْحَوَاسِّ وَالْأَعْضَاءِ عَيْبٌ كُلُّهَا بِاتِّفَاقٍ(٣).

وَبِالْجُمْلَةِ:

---

(١) زاد بعدها في المطبوع: «وَكَذَلِكَ الْمَرَضُ فِي أَيِّ عُضْوٍ كَانَ، أَوْ كَانَ فِي جُمْلَةِ الْبَدَنِ».

(٢) قال الخِرَشي: «أي: وله الرد بسبب وجود شيب بالرائعة الشابة، ولو قلَّ الشيب، والمراد بها من لا يشيب مثلها، ومفهوم فقط أنه ليس عيبًا فِي غير الرائعة سواء كان قليلًا أم لا ما لم ينقص الثمن، ويجري مثله في الذَّكَر». «شرح مختصر خليل» (٥/ ١٢٨)، وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٠٠).

(٣) انظر: «التهذيب فِي اختصار المدونة» (٣/ ٢٩٠)، «الذخيرة» (٥/ ٥٧)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣٣٧).

(فَأَصْلُ الْمَذْهَبِ أَنَّ كُلَّ مَا أَثَّرَ فِي الْقِيمَةِ)[١]؛ أَعْنِي: نَقَصَ مِنْهَا فَهُوَ عَيْبٌ،

٢٠٦٧ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ عَيْبٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٢].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]: تُرَدُّ بِهِ الْجَارِيَةُ، وَلَا يُرَدُّ بِهِ الْعَبْدُ، وَالتَّأْنِيثُ فِي الذَّكَرِ وَالتَّذْكِيرُ فِي الْأُنْثَى عَيْبٌ، هَذَا [أ/ ٣٦٥و] كُلُّهُ فِي الْمَذْهَبِ؛ إِلَّا مَا ذَكَرْنَا فِيهِ الِاخْتِلَافَ.

وَأَمَّا شَرْطُ الْعَيْبِ الْمُوجِبُ لِلْحُكْمِ بِهِ:

فَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَادِثًا قَبْلَ أَمَدِ التَّبَايُعِ بِاتِّفَاقٍ، أَوْ فِي الْعُهْدَةِ ـ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِهَا؛ فَيَجِبُ أَنْ نَذْكُرَ هَاهُنَا اخْتِلَافَ الْفُقَهَاءِ فِي الْعُهْدَةِ، فَنَقُولُ:

٢٠٦٨ انْفَرَدَ مَالِكٌ[٤] بِالْقَوْلِ بِالْعُهْدَةِ دُونَ سَائِرِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ.

وَسَلَفُهُ فِي ذَلِكَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ وَغَيْرُهُمْ

وَمَعْنَى الْعُهْدَةِ: أَنَّ كُلَّ عَيْبٍ حَدَثَ فِيهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي [ب/ ٣٢٣ظ] فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ، وَهِيَ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِهَا عُهْدَتَانِ:

عُهْدَةُ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ: وَذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ فِيهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي.

وَعُهْدَةُ السَّنَةِ: وَهِيَ مِنَ الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ: الْجُذَامُ، وَالْجُنُونُ، وَالْبَرَصُ، [م/ ٢٠١و] فَمَا حَدَثَ فِي السَّنَةِ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِ بِالْمَبِيعِ فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ، وَمَا حَدَثَ مِنْ غَيْرِهَا مِنَ الْعُيُوبِ كَانَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْأَصْلِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) قال الغزالي: «والبول في الفراش والبخر الذي ينشأ من تغيير المعدة والصنان الذي يخالف العادة ولا يقبل العلاج عيب في العبيد والإماء». «الوسيط» (٣/ ١٢٠).
وانظر: «شرح الوجيز»، للرافعي (٨/ ٣٢٦).
وهو مذهب الحنابلة. انظر: «المبدع» (٤/ ٨٤)، «الإنصاف» (٤/ ٤٠٥).

(٣) قال القدوري: «والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ». «مختصر القدوري» (ص٦٥). وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٣٦).

(٤) انظر: «الذخيرة» (٥/ ٥٧)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣٣٧).

وَعُهْدَةُ الثَّلَاثِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ بِالْجُمْلَةِ بِمَنْزِلَةِ أَيَّامِ الْخِيَارِ، وَأَيَّامِ الِاسْتِبْرَاءِ، وَالنَّفَقَةُ فِيهَا وَالضَّمَانُ مِنَ الْبَائِعِ.

وَأَمَّا عُهْدَةُ السَّنَةِ:

فَالنَّفَقَةُ فِيهَا وَالضَّمَانُ (مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَّا مِنَ الْأَدْوَاءِ الثَّلَاثَةِ.

وَهَذِهِ الْعُهْدَةُ عِنْدَ مَالِكٍ فِي الرَّقِيقِ.

وَهِيَ أَيْضًا)[1] - وَاقِعَةٌ فِي أَصْنَافِ الْبُيُوعِ فِي كُلِّ مَا الْقَصْدُ مِنْهُ الْمُمَاكَسَةُ وَالْمُحَاكَرَةُ، وَكَانَ بَيْعًا فِي الذِّمَّةِ، هَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ فِي الْمَذْهَبِ، (وَاخْتُلِفَ فِي غَيْرِ ذَلِكَ)[2].

وَعُهْدَةُ السَّنَةِ تُحْسَبُ عِنْدَهُ بَعْدَ عُهْدَةِ الثَّلَاثِ (فِي الْأَشْهَرِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَزَمَانُ الْمُوَاضَعَةِ يَتَدَاخَلُ مَعَ عُهْدَةِ الثَّلَاثِ إِنْ كَانَ زَمَانُ الْمُوَاضَعَةِ أَطْوَلَ مِنْ عُهْدَةِ الثَّلَاثِ)[3].

وَعُهْدَةُ السَّنَةِ لَا تَتَدَاخَلُ مَعَ عُهْدَةِ الِاسْتِبْرَاءِ.

هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَفِيهِ اخْتِلَافٌ[4].

وَقَالَ الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ: لَا تَتَدَاخَلُ عُهْدَةٌ مِنْهَا مَعَ ثَانِيَةٍ، فَعُهْدَةُ الِاسْتِبْرَاءِ أَوَّلًا، ثُمَّ عُهْدَةُ الثَّلَاثِ، ثُمَّ عُهْدَةُ السَّنَةِ.

٢٠٦٩ **وَاخْتلفَ** أَيْضًا عَنْ مَالِكٍ[5]: هَلْ تَلْزَمُ الْعُهْدَةُ فِي كُلِّ الْبِلَادِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْمِلَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا؟

---

(١) ما بين القوسين ليس فِي (ب). (٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب). (٤) انظر: «الذخيرة» (٥/ ٦٠).

(٥) قال المازَرِي: «روى المصريّون عنه أنّه لا يقضَى بها حيث لم تجرِ بها عادة، إلَّا أن يحملهم السلطان على ذلك. وقد روى عنه المدنيّون أنّه يقضى بها فِي سائر البلاد، الّتي علم أهلها العهدة أو جهلوها، ويحملهم السلطان على ذلك. فكأن من قَصر العهدة على البلاد الّتي اعتادتها حمل الحديث على أنّ أهل المدينة اعتادوا البيع على العهدة». «شرح التلقين» (٢/ ٧٧٠).

فَرُوِيَ عَنْهُ الْوَجْهَانِ.

فَإِذَا قِيلَ: لَا يَلْزَمُ أَهْلَ ذلك الْبَلَدِ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ حُمِلُوا عَلَى ذَلِكَ؛ فَهَلْ يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهَا أَهْلُ كُلِّ بَلَدٍ أَمْ لَا؟

قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ(١).

وَلَا يَلْزَمُ النَّقْدَ فِي عُهْدَةِ الثَّلَاثِ، وَإِنِ اشْتُرِط، وَيَلْزَمُ فِي عُهْدَةِ السَّنَةِ؛ وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ لم يَكْمُلْ تَسْلِيمُ الْبَيْعِ فِيهَا لِلْبَائِعِ [أ/٣٦٥ظ]؛ قِيَاسًا عَلَى بَيْعِ الْخِيَارِ فيتَردد النَّقْد فِيهَا بَيْنَ السَّلَفِ وَالْبَيْعِ.

فَهَذِهِ كُلُّهَا مَشْهُورَاتُ أَحْكَامِ الْعُهْدَةِ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَهِيَ كُلُّهَا فُرُوعٌ مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ الْعُهْدَةِ، فَلْنَرْجِعْ إِلَى تَقْرِيرِ(٢) حُجَجِ(٣) الْمُثْبِتِينَ لَهَا وَالْمُبْطِلِينَ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَالِكٍ ـ رَحِمَهُ اللهُ تعالى ـ فِي الْعُهْدَةِ، وَحُجَّتُهُ الَّتِي عَوَّلَ عَلَيْهَا: فَهِيَ عَمَلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ.

وَأَمَّا أَصْحَابُهُ الْمُتَأَخِّرُونَ: فَإِنَّهُم احْتَجُّوا بِمَا رَوَاهُ الْحَسَنُ، عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ**»(٤).

---

(١) انظر: «الذخيرة» (٥/ ١١٥).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «تقدير».

(٣) من (م).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٤)، والطحاوي في «المشكل» (٦٠٩٢)، والطبراني (٧/ ٢١٠، رقم: ٦٨٧٤) من طريق سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ وحده به.
وأخرجه الطيالسي (٩٥٠) من طريق هشام الدستوائي، عن قتادة، به. بلفظ: «عُهدَةُ الرَّقيق أربعٌ».
وأخرجه ابن ماجه (٢٢٤٥)، وأحمد (٤/ ١٤٣)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٦٠٨٩)، والحاكم (٢/ ٢١) من طريق هشيم بن بشير، عَنْ يُونُسَ بْنِ عُبَيْدٍ، عَنِ الحسن البصري، عن عقبة، به، وقال: «أربع» بدل: «ثلاثًا».
وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٧/ ٣٩) من طريق نصر ابن حمَّاد الوراق، =

وَرُوِيَ أَيْضًا: «**لَا عُهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ**».

وَرَوَى هَذَا الْحَدِيثَ أَيْضًا الْحَسَنُ، عَنْ سَمُرَةَ(١).

= عن شعبة، عن يونس بن عبيد وقتادة، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عامر، به. بلفظ: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام».

قال ابن عدي: «وهذا من حديث شعبة، عن يونس بن عبيد ـ أغربُ منه من حديث قتادة، عن الحسن؛ فإن حديث قتادة قد رواه غيرُ شعبة، وغيرُ نصر عن شعبة، عن يونس، ولا أعرفه إلا من حديث نصر عن شعبة».

وأخرجه أبو داود (٣٥٠٦)، والدارمي (٢٥٩٣)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٦٠٩٠)، من طريق أَبَانُ بْنُ يَزِيدَ الْعَطَّارُ، عَنْ قتادة، به.

وأخرجه أبو داود (٣٥٠٦)، والدارمي (٢٥٩٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٦٠٩)، من طريق عن هَمَّام بْن يَحْيَى، عَنْ قَتَادَةَ، به بلفظ: «لا عهدة بعد أربع».

وأخرجه أحمد (٤/ ١٥٢)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٦٠٨٨)، والحاكم (٢/ ٢١)، والبيهقي (٥/ ٣٢٣)؛ من طريق سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ، عَنْ قتادة، به.

وأخرجه أحمد (٤/ ١٥٠)، والروياني (١٩١)، والحاكم (٢/ ٢١ ـ ٢٢)، والبيهقي (٥/ ٣٢٣)، جميعهم من طريق هشام الدستوائي، عن قتادة، به بلفظ: «عُهدَةُ الرَّقيق أربعُ ليالٍ».

وأخرجه الطبراني في «الأوسط» (٨٣٣١)، والسهمي في «تاريخ جرجان» (ص٣٩٩) من طريق أبي المقدام هشام بن زياد، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عن النبي ﷺ قال: «**لا عُهدَة بعد أربعة أيام...**».

قال الطبراني: «لَمْ يَرْوِ هَذَا الحديثَ عن الحسن، عن أبي هريرة، إلا هشام بن زياد».

وقال الدارقطني في «العلل» (١٠/ ٢٦١): «وأبو المقدام ضعيف الحديث».

قال الإمام أحمد ـ فيما ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ١٨٢) عنه ـ: «ليس فيه حديثٌ صحيح، ولا يثبت حديث العُهدَة».

وقال ابن أبي حاتم في علل الحديث (٣/ ٦٧٩): قَالَ أَبِي: لَيْسَ هَذَا الحديثُ عِنْدِي بِصَحِيحٍ؛ وَهَذَا عِنْدِي مُرسَلٌ.

وقال ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٣٨٠): «أما الحديثان فساقطان؛ لأن الحسن لم يسمع من عقبة ابن عامر شيئًا قطُّ، ولا سمع من سمرة إلا حديثَ العقيقة؛ فصارا منقطعين، ولا حجَّة في منقطع».

(١) انظر: «تنقيح التحقيق» (٤/ ٣٤١)، «نصب الراية» (١/ ٨٩).

وَكِلَا الْحَدِيثَيْنِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ بالنقل مَعْلُولٌ؛ فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي سَمَاعِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ، وَإِنْ كَانَ التِّرْمِذِيُّ قَدْ صَحَّحَهُ[١].

وَأَمَّا سَائِرُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ:

فَلَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُمْ فِي الْعُهْدَةِ أَثَرٌ، وَرَأَوْا أَنَّهَا مُخَالِفَةٌ لِلْأُصُولِ.

٢٠٧٠ وَذَلِكَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ **مُجْمِعُونَ** عَلَى أَنَّ كُلَّ مُصِيبَةٍ تَنْزِلُ بِالْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ فَهِيَ مِنَ الْمُشْتَرِي[٢].

فَالتَّخْصِيصُ لِهَذَا[٣] الْأَصْلِ الْمُتَقَرِّرِ إِنَّمَا يَكُونُ بِسَمَاعٍ ثَابِتٍ.

وَلِهَذَا ضُعِّفَ عِنْدَ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ: أَنْ يُقْضَى بِهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عُرْفًا فِي الْبَلَدِ، أَوْ يُشْتَرَطَ، (وَبِخَاصَّةٍ[٤] عُهْدَةُ السَّنَةِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْتِ فِي ذَلِكَ أَثَرٌ.

وَرَوَى الشَّافِعِيُّ، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ قَالَ: سَأَلْتُ ابْنَ شِهَابٍ، عَنْ عُهْدَةِ السَّنَةِ، وَالثَّلَاثِ، فَقَالَ: مَا عَلِمْتُ فِيهَا أَمْرًا سَالِفًا[٥].

وَإِذا قَدْ تَقَرَّرَ الْقَوْلُ فِي)[٦] تَمْيِيزِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُوجِبُ حُكْمًا مِنَ الَّتِي لَا تُوجِبُها، وَتَقَرَّرَ الشَّرْطُ فِي ذَلِكَ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ حَادِثًا قَبْلَ الْبَيْعِ أَوْ فِي الْعُهْدَةِ عِنْدَ مَنْ يَرَى الْعُهْدَةَ، فَلْنَصِرْ [ب/ ٣٢٤و] إِلَى مَا بَقِيَ.

---

(١) صحَّح هذه الترجمة في مواضع كثيرة، انظر: «جامع الترمذي» (١/ ٣٤٠)، (٣/ ٣٥٠)، (٣/ ٥٨٢) [ط. شاكر].

(٢) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٥٢)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٢٨٠)، والكاساني في «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤٤)، والقرافي في «الذخيرة» (٥/ ١١٤).

(٣) في (م): «لمثل هذا».

(٤) من هنا يبدأ خرم في (م).

(٥) «معرفة السُّنن والآثار» (٨/ ١٢٨).

قال أبو عمر في «الاستذكار» (٦/ ٢٨٠): «لم يقل من أئمة الفتوى بالأمصار بعهدة الثلاث وعهدة السُّنَّة في الرقيق غير مالك، وسلفه في ذلك أيضًا أهل بلده، فهي عنده مسألة اتباع لهم».

(٦) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

الْفَصْلُ الثَّالِثُ، فِي مَعْرِفَةِ حُكْمِ الْعَيْبِ الْمُوجِبِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ لَمْ يَتَغَيَّرْ:

(وَإِذَا وُجِدَتِ الْعُيُوبُ)[١]:

فَإِنْ لَمْ يَتَغَيَّرِ الْمَبِيعُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُيُوبِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ فِي عَقَارٍ، أَوْ عَرُوضٍ[٢]، أَوْ فِي حَيَوَانٍ.

٢٠٧١ فَإِنْ كَانَ فِي حَيَوَانٍ:

فَلَا خِلَافَ[٣] أَنَّ الْمُشْتَرِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، أَوْ يُمْسِكَ، وَلَا شَيْءَ لَهُ[٤].

٢٠٧٢ وَأَمَّا إِنْ كَانَ (في عقَار)[٥]:

فَمَالِكٌ يُفَرِّقُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْعَيْبِ الْيَسِيرِ وَالْكَثِيرِ، فَيَقُولُ: إِنْ كَانَ يَسِيرًا لَمْ يَجِبِ الرَّدُّ، وَوَجَبَ له قِيمَةُ الْعَيْبِ ـ وَهُوَ الْأَرْشُ[٦]، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا

---

(١) كذا في (م). وفي (أ): «وأما وجود العيوب»، وفي (ب): «وأما وجود العيب».

(٢) كذا في (م)، وفي (أ): «أرض»، وفي (ب): «عرض».

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٢٨٥)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٨٩)، وابن القطان في «الإقناع» (٤/ ١٧٣٥)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٢٢٥).

وخالف في هذه المسألة: الحنابلة في المشهور من المذهب عندهم، وإسحاق ابن راهويه.

«الإنصاف» (٤/ ٤١٠)، «كشاف القناع» (٣/ ٢١٨ ـ ٢١٩)، «مطالب أولي النهى» (٣/ ١١١ ـ ١١٣)، «المغني» (٦/ ٢٢٩).

وقالوا بأنه مخير بين ثلاثة أشياء: بين الردِّ، والإمساك من دون مقابل، والإمساك مع أرش العيب.

واستدل هؤلاء بعدة أدلة، **منها**:

الأول: أنه ظهر على عيب لم يعلم به، فكان له الأرش، كما لو تعيَّب عنده.

الثاني: أنه فات عليه جزء من المبيع، فكانت له المطالبة بعوضه، كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة، أو كما لو أتلفه بعد البيع. «المغني» (٦/ ٢٢٩).

(٤) في (م): «عليه».

(٥) في (م): «عقارًا».

(٦) في (م): «الأكثر».

وَجَبَ[(١)] الرَّدُّ.

هَذَا هُوَ الْمَوْجُودُ الْمَشْهُورُ فِي كُتُبِ[(٢)] أَصْحَابِهِ، وَلَمْ يُفَصِّلِ الْبَغْدَادِيُّونَ بين[(٣)] هَذَا التَّفْصِيلَ[(٤)].

٢٠٧٣ وَأَمَّا الْعُرُوضُ:

فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ: (أَنَّهَا لَيْسَتْ فِي هَذَا الْحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ الْأُصُولِ.

وَقَدْ قِيلَ إِنَّهَا [أ/٣٦٦و] بِمَنْزِلَةِ الْأُصُولِ فِي الْمَذْهَبِ)[(٥)].

وَهَذَا الَّذِي كَانَ يَخْتَارُهُ الْفَقِيهُ ابْنُ رِزْقٍ[(٦)] شَيْخُ جَدِّي ـ رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِمَا ـ وَكَانَ يَقُولُ[(٧)]: إِنَّهُ لَا فَرْقَ فِي هَذَا الْمَعْنَى بَيْنَ الْأُصُولِ وَالْعُرُوضِ.

---

(١) في (م): «أوجب».

(٢) في (أ): «كتاب».

(٣) ليست في (م).

(٤) قال ابن رشد الجد: «ولا أعرف للمتقدمين من أصحابنا حدًّا في اليسير الذي لا يجب الرد به في العقار أو فِي الدور والعروض على أحد القولين، وقد رأيت لابن عتاب ـ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى ـ أنه سئل عن العيب الذي يحط من الدار ربع الثمن؟ فقال: ذلك كثير يجب الرد به، وقال ابن القطان: إن كان قيمة العيب مثقالين فهو يسير يرجع المبتاع بهما على البائع ولا يرد البيع، وإن كان قيمته عشرة مثاقيل فهو كثير يجب الرد به، فقال: إن عشرة مثاقيل كثير ولا يبين من أي الثمن، والذي عندي أن عشرة مثاقيل من مائة مثقال كثير يجب الرد به». «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠٢). وانظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٤٣٤).

(٥) ما بين القوسين ليس فِي (م).

(٦) في (أ): «زرُّوق»، وكتبها هكذا في أصل (ب)، وأشار في الحاشية أن الظاهر: «رزق».

قلت: هو شيخ المالكية في عصره المُحَدِّث أبو جعفر أحمد بن محمد **بن رزق** القرطبي، كان فقيهًا، حافظًا للرأي، مقدّمًا فيه، ذاكرًا للمسائل، بصيرًا بالنّوازل، كان مدار طلبة الفقه بقرطبة عليه في المناظرة والتَّفقُّه، نفع الله به كلَّ من أخذ عنه، توفي ٤٧٧هـ. ينظر: «الديباج المذهب» (١/ ١٨٢)، «تاريخ الإسلام»، للذهبي (١٠/ ٤٠٣).

(٧) انظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠١).

وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ يَلْزَمُ مَنْ يُفَرِّقُ بَيْنَ الْعَيْبِ الْكَثِيرِ وَالْقَلِيلِ فِي الْأُصُولِ - أَعْنِي: أَنْ يُفَرِّقَ فِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي الْعُرُوضِ.

وَالْأَصْلُ: (أَنَّ كُلَّ)(١) مَا حَطَّ الْقِيمَةَ أَنَّهُ يَجِبُ بِهِ الرَّدُّ، وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُعَوِّلِ الْبَغْدَادِيُّونَ - فِيمَا أَحْسَبُ - عَلَى التَّفْرِقَةِ الَّتِي قيلت فِي الْأُصُولِ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُمْ فِي الْحَيَوَانِ: إِنَّهُ لَا فَرْقَ [م/٢٠١ظ] فِيهِ بَيْنَ الْعَيْبِ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ(٢).

فَصْلٌ:

وَإِذْ قَدْ قُلْنَا: إِنَّ الْمُشْتَرِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، أَوْ يُمْسِكَ وَلَا شَيْءَ لَهُ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُمْسِكَ الْمُشْتَرِي سِلْعَتَهُ وَيُعْطِيَهُ الْبَائِعُ(٣) قِيمَةَ الْعَيْبِ:

فَعَامَّةُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ يُجِيزُونَ ذَلِكَ(٤) - إِلَّا ابْنَ شريح مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ(٥)، فَإِنَّهُ قَالَ: لَيْسَ لَهُمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ فِي مَالٍ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِسْقَاطُهُ بِعِوَضٍ كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ.

قَالَ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ(٦): وَهَذَا غَلَطٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِلْمُشْتَرِي، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ - أَعْنِي: أَنْ يَرُدَّ وَيَرْجِعَ بِالثَّمَنِ، وَلَهُ أَنْ يُعَاوِضَ عَلَى تَرْكِهِ.

---

(١) كذا في (م). وفي بقية النسخ: «إن كان».

(٢) ينظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٤٣٤).

(٣) من (م).

(٤) «المبسوط» (١٣/ ١٠٣)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٨٦)، «الذخيرة» (٥/ ١٠٧)، «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ١٢٦ - ١٢٧)، «منح الجليل» (٥/ ١٨٢ - ١٨٣)، «أسنى المطالب» (٢/ ٧٣)، «شرح جلال الدين المحلي على المنهاج» (٢/ ٢٥٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٤٦)، «الكافي»، لابن قدامة (٢/ ٨٤)، «المبدع» (٤/ ٨٩)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٢٠).

(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٧٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٤٦).

(٦) «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٥٤٩).

(وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ خِيَارِ الشُّفْعَةِ شَاهِدٌ[١] لَنَا، فَإِنَّ لَهُ عِنْدَنَا تَرْكَهُ)[٢] إِلَى عِوَضٍ يَأْخُذُهُ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ.

وَفِي هَذَا الْبَابِ فَرْعَانِ مَشْهُورَانِ مِنْ قِبَلِ التَّبْعِيضِ:

٢٠٧٤ أَحَدُهُمَا:

هَلْ إِذَا اشْتَرَى الْمُشْتَرِي أَنْوَاعًا مِنَ الْمَبِيعَاتِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَوَجَدَ أَحَدَهَما مَعِيبًا، فَهَلْ يَرْجِعُ بِالْجَمِيعِ، أَوْ بِالَّذِي وَجَدَ فِيهِ الْعَيْبَ؟

فَقَالَ قَوْمٌ: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْجَمِيعَ، أَوْ يُمْسِكَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ[٣]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٤]، إِلَّا أَنْ (يَكُونَ سَمَّى)[٥] مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ تِلْكَ الْأَنْوَاعِ مِنَ الْقِيمَةِ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا **لَا خِلَافَ فِيهِ** أَنَّهُ يَرُدُّ الْمَبِيعَ[٦] بِعَيْنِهِ فَقَطْ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ.

وَقَالَ قَوْمٌ: يَرُدُّ الْمَعِيبَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَذَلِكَ بِالتَّقْدِيرِ، وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ الثَّوْرِيُّ[٧]، وَغَيْرُهُ.

وَرُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ[٨] الْقَوْلَانِ مَعًا.

وَفَرَّقَ مَالِكٌ[٩]، فَقَالَ: يُنْظَرُ فِي الْمَعِيبِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ وَجْهَ الصَّفْقَةِ وَالْمَقْصُودَ بِالشِّرَاءِ[١٠] رَدَّ الْجَمِيعَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَجْهَ الصَّفْقَةِ رَدَّهُ بِقِيمَتِهِ.

وَفَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ[١١] تَفْرِيقًا آخَرَ، وَقَالَ: إِنْ وُجِدَ الْعَيْبُ قَبْلَ الْقَبْضِ رَدَّ الْجَمِيعَ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ رَدَّ الْمَعِيبَ[١٢] بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ.

---

(١) في (م): «مشاهد».
(٢) ما بين القوسين ليس فِي (أ).
(٣) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٤).
(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٤).
(٥) في (م): «يكونا سمّيا».
(٦) في (أ): «المعيب».
(٧) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٤).
(٨) «أسنى المطالب» (٢/ ٧٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٤٦).
(٩) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٤).
(١٠) في (أ): «بالشرط».
(١١) «المبسوط» (١٣/ ١٠٢)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٦).
(١٢) فِي (ب): «المبيع».

فَفِي هَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ.

فَحُجَّةُ مَنْ مَنَعَ التَّبْعِيضَ فِي الرَّدِّ: أَنَّ الْمَرْدُودَ يَرْجِعُ فِيهِ بِقِيمَةٍ لَمْ يَتَّفِقْ عَلَيْهَا الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعُ، وَكَذَلِكَ الَّذِي يَبْقَى إِنَّمَا يَبْقَى بِقِيمَةٍ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَيْهَا[١]. [أ/٣٦٦ظ] وَيُمْكِنُ أَنَّهُ لَوْ بُعِّضَتِ السِّلْعَةُ لَمْ يَشْتَرِ الْبَعْضَ بِالْقِيمَةِ الَّتِي أُقِيمَ بِهَا.

وَأَمَّا تَفْرِيقُ مَالِكٍ بَيْنَ مَا هُوَ وَجْهُ الصَّفْقَةِ، أَوْ غَيْرُ وَجْهِهَا - فَاسْتِحْسَانٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّ ذَلِكَ الْمَعِيبَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا فِي الْمَبِيعِ فَلَيْسَ كَبِيرَ [ب/٣٢٤ظ] ضَرَرٍ فِي أَنْ لَا يُوَافِقَ الثَّمَنَ الَّذِي أُقِيمَ بِهِ إِرَادَةَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ.

وَأَمَّا عِنْدَمَا يَكُونُ مَقْصُودًا، أَوْ جُلَّ الْمَبِيعِ فَيَعْظُمُ الضَّرَرُ فِي ذَلِكَ.

وَاخْتُلِفَ عَنْهُ:

هَلْ يُعْتَبَرُ تَأْثِيرُ الْعَيْبِ فِي قِيمَةِ الْجَمِيعِ أَوْ فِي[٢] قِيمَةِ الْمَعِيبِ خَاصَّةً؟

وَأَمَّا حُجَّةُ مَنْ رَأَى الرَّدَّ وَلَا بُدَّ فِي الْبَعْضِ الْمَعِيبِ: فَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ، فَأُقِيمَ فِيهِ التَّقْوِيمُ مَقَامَ الرِّضَا؛ قِيَاسًا عَلَى أَنَّ مَا فَاتَ فِي المبيع فَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا الْقِيمَةُ.

وَأَمَّا تَفْرِيقُ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ أَنْ يَقْبِضَ أَوْ لَا يَقْبِضَ:

فَإِنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ تَمَامِ الْبَيْعِ، وَمَا لَمْ[٣] يُقْبَضِ الْمَبِيعُ فَضَمَانُهُ عِنْدَهُ مِنَ الْبَائِعِ، وَحُكْمُ الِاسْتِحْقَاقِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُكْمُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

٢٠٧٥ **وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:**

فَإِنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** أَيْضًا فِي رَجُلَيْنِ يَبْتَاعَانِ[٤] شَيْئًا وَاحِدًا فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَيَجِدَانِ بِهِ عَيْبًا، فَيُرِيدُ أَحَدُهُمَا الرُّجُوعَ، وَيَأْبَى الْآخَرُ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: لِمَنْ أَرَادَ الرَّدَّ أَنْ يَرُدَّ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليه».

(٢) من (م). (٣) في (م): «ولم».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يتنازعان».

(٥) «مغني المحتاج» (٢/٤٤٦).

مَالِكٍ. وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ[١].

فَمَنْ أَوْجَبَ الرَّدَّ شَبَّهَهُ بِالصَّفْقَتَيْنِ الْمُفْتَرِقَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَدِ اجْتَمَعَ فِيهَا عَاقِدَانِ.

وَمَنْ لَمْ يجزه شَبَّهَهُ بِالصَّفْقَةِ الْوَاحِدَةِ إِذَا أَرَادَ فِيهَا الْمُشْتَرِي تَبْعِيضَ رَدِّ[٢] الْمَبِيعِ بِالْعَيْبِ.

الْفَصْلُ الرَّابِعُ:

فِي مَعْرِفَةِ أَصْنَافِ التَّغَيُّرَاتِ الْحَادِثَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَحُكْمِهَا:

٢٠٧٦ وَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ إِلَّا بَعْدَ تغييره:

فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ يَخْتَلِفُ عِنْدَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ بِحَسَبِ التَّغيرِ:

أَمَّا تَغَيُّرُهُ لِمَوْتٍ[٣] أَوْ فَسَادٍ أَوْ عِتْقٍ:

فَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّهُ فَوْتٌ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ[٤].

وَقَالَ عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ[٥]: لَا يَرْجِعُ فِي الْمَوْتِ وَالْعِتْقِ[٦] بِشَيْءٍ. وَكَذَلِكَ عِنْدَهُمْ حُكْمُ مَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَأَوْلَدَهَا.

وَكَذَلِكَ التَّدْبِيرُ عِنْدَهُمْ، وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الْكِتَابَةِ.

٢٠٧٧ وَأَمَّا تَغَيُّرُهُ فِي الْبَيْعِ:

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِيهِ:

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ١٢٨)، «منح الجليل» (٥/ ١٨٤).

(٢) ليست في (م).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢١٨).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٢١٨).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «والفلس».

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، [م/٢٠٢و] وَالشَّافِعِيُّ(٢): إِذَا بَاعَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ.
وَكَذَلِكَ قَالَ اللَّيْثُ(٣).

وَأَمَّا مَالِكٌ(٤) فَلَهُ فِي الْبَيْعِ تَفْصِيلٌ: وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ بَائِعِهِ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِ بَائِعِهِ، وَلَا يَخْلُو أَيْضًا أَنْ يَبِيعَهُ [أ/٣٦٧و] بِمِثْلِ الثَّمَنِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ.

فَإِنْ بَاعَهُ مِنْ بَائِعِهِ مِنْهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ: فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِالْعَيْبِ، وَإِنْ بَاعَهُ بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ، وَإِنْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ نُظِرَ: فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ مُدَلِّسًا أَي عَالِمًا بِالْعَيبِ، لَمْ يَرْجِعِ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِشَيْءٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدَلِّسًا رَجَعَ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِالثَّمَنِ، وَالثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ أَيْضًا، (وَتَنْفَسِخُ الْبَيْعَتَانِ)(٥) وَيَعُودُ الْمَبِيعُ إِلَى مِلْكِ(٦) الْأَوَّلِ.

٢٠٧٨ فَإِنْ بَاعَهُ مِنْ غَيْرِ بَائِعِهِ مِنْهُ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٧): لَا رُجُوعَ لَهُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ، مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِي.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ(٨): لَهُ الرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ(٩): يَرْجِعُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ الْعَيْبِ، أَوْ بِقِيمَةِ الثَّمَنِ، هَذَا إِذَا بَاعَهُ بِأَقَلَّ مِمَّا اشْتَرَاهُ، وَعَلَى هَذَا: لَا يَرْجِعُ إِذَا بَاعَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ، أَوْ أَكْثَرَ، وَبِهِ قَالَ عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ(١٠).

وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ إِذَا فَاتَ بِالْبَيْعِ فَقَدْ

---

(١) «المبسوط» (١٣/ ١٠٦)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٨).
(٢) «مغني المحتاج» (٢/ ٤٤٦).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢).
(٤) «منح الجليل» (٥/ ١٨٤).
(٥) في (م): «وينفسخ البيعان».
(٦) في (ب): «مالكه».
(٧) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢).
(٩) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢).
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢).

أَخَذَ عِوَضًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يعْتَبرَ تَأْثِير الْعَيْبِ فِي ذَلِكَ الْعِوَضِ الَّذِي هُوَ الثَّمَنُ، وَلِذَلِكَ مَتَى قَامَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي مِنْهُ بِعَيْبٍ رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ **بِلَا خِلَافٍ**.

وَوَجْهُ **الْقَوْلِ الثَّانِي**: تَشْبِيهُهُ الْبَيْعَ بِالْعِتْقِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ، وعُثْمَانَ البتي[(١)]: أَنَّهُ لَوْ كَانَ عِنْدَهُ الْمَبِيعُ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الْإِمْسَاكُ، أَوِ الرَّدُّ لِلْجَمِيعِ، فَإِذَا بَاعَهُ فَقَدْ أَخَذَ عِوَضَ ذَلِكَ الثَّمَنِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا نَقَصَ [ب/ ٣٢٥و] إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الْعَيْبِ.

وَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: إِنْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ رَجَعَ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)] لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ هِبَتَهُ، أَوْ صَدَقَتَهُ تَفْوِيتٌ لِلْمِلْكِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَرِضًا مِنْهُ بِذَلِكَ طَلَبًا لِلْأَجْرِ، فَيَكُونُ رِضَاهُ بِإِسْقَاطِ حَقِّ الْعَيْبِ أَوْلَى وَأَحْرَى بِذَلِكَ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَقَاسَ الْهِبَةَ عَلَى الْعِتْقِ.

وَقَدْ كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِذَا فَاتَ وَلَمْ يُمْكِنْهُ الرَّدُّ؛ لِأَنَّ إِجْمَاعَهُمْ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ فَلَيْسَ يَجِبُ لَهُ إِلَّا الرَّدُّ، أَوِ الْإِمْسَاكُ؛ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْعَيْبِ تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِ شَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا لَهُ تَأْثِيرٌ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ فَقَطْ.

٢٠٧٩ وَأَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي يَتَعَاقَبُهَا الِاسْتِرْجَاعُ كَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ:

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُ مَالِكٍ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٤)]: لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ مِنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ إِذَا رَجَعَ إِلَيْهِ الْمَبِيعُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[(٥)]: إِذَا لَمْ يَكُنْ [أ/ ٣٦٧ظ] زَمَانُ خُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ زَمَانًا بَعِيدًا، كَانَ لَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ.

---

(١) من (م).

(٢) «منح الجليل» (٥/ ١٨٧).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٨).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٥).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٥).

وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَوْلَى، وَالْهِبَةُ لِلثَّوَابِ عِنْدَ مَالِكٍ كَالْبَيْعِ فِي أَنَّهَا فَوْتٌ، فَهَذِهِ هِيَ الْأَقْوَالُ[1] الَّتِي تَطْرَأُ عَلَى الْمَبِيعِ مِنَ الْعُقُودِ الْحَادِثَةِ فِيهَا وَأَحْكَامُهَا.

بَابٌ فِي طُرُوِّ النُّقْصَانِ:

وَأَمَّا إِنْ طَرَأَ عَلَى الْمَبِيعِ نَقْصٌ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ النقْصُ فِي قِيمَتِهِ، أَوْ فِي الْبَدَنِ، أَوْ فِي النَّفْسِ.

٢٠٨٠ فَأَمَّا نُقْصَانُ الْقِيمَةِ لِاخْتِلَافِ الْأَسْوَاقِ:

فَغَيْرُ مُؤَثِّرٍ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بِإِجْمَاعٍ.

٢٠٨١ وَأَمَّا النُّقْصَانُ الْحَادِثُ فِي الْبَدَنِ:

فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا غَيْرَ مُؤَثِّرٍ فِي الْقِيمَةِ، فَلَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الَّذِي لَمْ يَحْدُثْ، وَهَذَا نَصُّ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَغَيْرِهِ.

٢٠٨٢ وَأَمَّا النَّقْصُ الْحَادِثُ فِي الْبَدَنِ الْمُؤَثِّرِ فِي الْقِيمَةِ:

فَاخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ[2] فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَّا بِقِيمَةِ الْعَيْبِ فَقَطْ، وَلَيْسَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ إِذَا أَبَى الْبَائِعُ مِنَ الرَّدِّ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ الْجَدِيدِ[3]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[4].

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[5]: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ، وَيَرُدَّ مِقْدَارَ الْعَيْبِ الَّذِي حَدَثَ عِنْدَهُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْأَوَّلِ[6].

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ قَوْلُ مَالِكٍ[7]: إِنَّ الْمُشْتَرِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُمْسِكَ (وَيَضَعَ

---

(١) فِي (م): «الأصول». (٢) فِي (م): «العلماء».

(٣) «الحاوي» (٥/ ٢٥٧).

(٤) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٨٣)، «فتح القدير» (٦/ ٣٦٥)، «المبسوط» (١٣/ ٩٥)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٣٤).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٥). (٦) «الحاوي» (٥/ ٢٥٧).

(٧) «التاج والإكليل» (٤/ ٤٤٥)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٨٢)، «مختصر خليل» (ص١٨٤)، =

عَنْه)[١] الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرَ الْعَيْبِ، أَوْ يَرُدَّهُ عَلَى الْبَائِعِ، وَيُعْطِيَهُ ثَمَنَ الْعَيْبِ الَّذِي حَدَثَ عِنْدَهُ، وَأَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي:

فَقَالَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: أَنَا أَقْبِضُ [م/٢٠٢ظ] الْمَبِيعَ، وَتُعْطِي أَنْتَ قِيمَةَ الْعَيْبِ الَّذِي حَدَثَ عِنْدَكَ.

وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بَلْ أَنَا أَمْسِكُ الْمَعِيبَ، وَتُعْطِي أَنْتَ قِيمَةَ الْعَيْبِ الَّذِي حَدَثَ عِنْدَكَ.

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ.

وَقَدْ قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ.

وَهَذَا إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي؛ إِلَّا أَنْ يُمْسِكَ أَوْ يَرُدَّ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ.

وَشَذَّ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ حَزْمٍ فَقَالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ[٢].

أما حُجَّةُ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إِلَّا أَنْ يَرُدَّ، وَيَرُدَّ[٣] قِيمَةَ الْعَيْبِ، أَوْ يُمْسِكَ؛ فَلِأَنَّهُ قَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَحْدُثْ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَيْسَ له إِلَّا الرَّدُّ[٤]، فَوَجَبَ اسْتِصْحَابُ حَالِ هَذَا الْحُكْمِ، وَإِنْ حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ مَعَ إِعْطَائِهِ قِيمَةَ الْعَيْبِ الَّذِي (حَدَثَ عِنْدَهُ.

وَأَمَّا مَنْ رَأَى أَنَّهُ لَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا له قِيمَةُ الْعَيْبِ الَّذِي)[٥] كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ، فَقِيَاسًا عَلَى الْعِتْقِ وَالْمَوْتِ؛ لكن هَذَا الْأَصْل غَيْر مُجْمَعٍ عَلَيْهِ، وَقَدْ [أ/٣٦٨و] خَالَفَ فِيهِ عَطَاءٌ.

= «الخرشي» (٥/ ١٤٠)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٣٥).

(١) كذا في (م). وفي (أ): «ويرد ويضع عن»، وفي (ب): «ويرد ويضع عند».

(٢) «المحلى» (٩/ ٣٤٣).

(٣) ليست في (ب).

(٤) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن قدامة في «المغني» (٦/ ٢٢٥).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

وَأَمَّا مَالِكٌ(١): فَلَمَّا تَعَارَضَ عِنْدَهُ حَقُّ الْبَائِعِ، وَحَقُّ الْمُشْتَرِي غَلَّبَ الْمُشْتَرِيَ، [ب/٣٢٥ظ] وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُفَرِّطًا فِي أَنَّهُ لَمْ يَسْتَعْلِمِ الْعَيْبَ، وَيَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي، أَوْ يَكُونُ عَلِمَهُ فَدَلَّسَه عَلَى الْمُشْتَرِي.

وَعِنْدَ مَالِكٍ(٢) أَنَّهُ إِذَا صَحَّ أَنَّهُ دَلَّسَ بِالْعَيْبِ وَجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْفَعَ الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ قِيمَةَ الْعَيْبِ الَّذِي حَدَثَ عِنْدَهُ، فَإِنْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْعَيْبِ كَانَ ضَمَانُهُ عَلَى الْبَائِعِ بِخِلَافِ الَّذِي لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ دَلَّسَ فِيهِ.

وَأَمَّا حُجَّةُ أَبِي مُحَمَّدٍ: فَلِأَنَّهُ أَمْرٌ حَدَثَ مِنْ عِنْدِ اللهِ، كَمَا لَوْ حَدَثَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ، فَإِنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ دَالٌّ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا انْعَقَدَ فِي الظَّاهِرِ.

وَأَيْضًا ـ فَلَا كِتَابَ وَلَا سُنَّةَ تُوجِبُ عَلَى مُكَلَّفٍ غُرْمَ مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي نَقْصِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى جِهَةِ التَّغْلِيظِ، عِنْدَ مَنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ بِأَمْرٍ مِنَ اللهِ، فَهَذَا حُكْمُ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ فِي الْبَدَنِ.

٢٠٨٣ وَأَمَّا الْعُيُوبُ الَّتِي فِي النَّفْسِ كَالْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ:

فَقَدْ قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: إِنَّهَا تُفِيد الرَّدَّ كَعيبِ الْأَبْدَانِ.

وَقِيلَ: لَا(٣).

---

(١) «التاج والإكليل» (٤/ ٤٤٧)، «مواهب الجليل» (٤/ ٤٥٠)، «تحبير المختصر» (٣/ ٦٢٣)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٣٧).

(٢) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٥٠).

(٣) قال القاضي عبد الوهاب: «والعيوب الموجبة للرد: هي ما أثَّرت نقصًا في المبيع أو في الثمن أو في التصرف أو خوفًا فِي العاقبة ومن ذلك نقصان الأعضاء: كالعمى والعور والقطع والضلع والزمانة والخصي والإفضاء، ونقصان الأحكام: كالجنون والجذام والبرص والتعسر والزعر وبياض الشعر والإباق والزنا والبخر والسرقة والزوج والولد فِي العبد والأمة والحمل والدين». «التلقين» (ص٣٨٧)، وانظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٤٥٥).

٢٠٨٤ **وَلَا خِلَافَ** أَنَّ الْعَيْبَ الْحَادِثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي: أنه[(١)] إِذَا ارْتَفَعَ بَعْدَ حُدُوثِهِ أَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الرَّدِّ إِلَّا أَنْ لَا تُؤْمَنَ عَاقِبَتُهُ.

٢٠٨٥ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الْمُشْتَرِي يَطَأُ الْجَارِيَةَ:

فَقَالَ قَوْمٌ: إِذَا وَطِئَ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ، سَوَاءٌ كَانَتْ بِكْرًا أَوْ ثَيِّبًا؛ وَبِهِ قَالَ أَبُو محمد[(٢)].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٣)]: يَرُدُّ قِيمَةَ الْوَطْءِ فِي الْبِكْرِ، وَلَا يَرُدُّهَا فِي الثَّيِّبِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلْ يَرُدُّهَا وَيَرُدُّ مَهْرَ مِثْلِهَا.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٤)].

وَقَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ[(٥)]: إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا رَدَّ نِصْفَ الْعُشْرِ مِنْ ثَمَنِهَا، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا رَدَّ الْعُشْرَ مِنْ ثَمَنِهَا.

وَقَالَ مَالِكٌ[(٦)]: لَيسَ عَلَيْهِ فِي وَطْءِ الثَّيِّبِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ غَلَّةٌ وَجَبَتْ لَهُ بِالضَّمَانِ.

وَأَمَّا الْبِكْرُ: فَهُوَ عَيْبٌ يَثْبُتُ عِنْدَهُ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ، عَلَى مَا سَلَفَ مِنْ رَأْيِهِ[(٧)]، وَقَدْ رُوِيَ مِثْلُ هَذَا الْقَوْلِ عَنِ الشَّافِعِيِّ[(٨)].

---

(١) ليست في (م).

(٢) في (م): «أبو حنيفة». وهو الصواب. قال السرخسي: «وإذا اشترى جارية ولم يتبرأ البائع من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيبًا: فليس له أن يردها بالعيب - عندنا بكرًا كانت أو ثيبًا - عندما اشتراها». «المبسوط» (١٣/ ٩٥)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٥١).

(٣) «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٤٧)، «المهذب» (٢/ ٥١)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٩٢). وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٤/ ٤١٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٧).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٦).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٧).

(٦) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٥٠)، «تحبير المختصر» (٣/ ٦٢٦).

(٧) قال ابن أبي زيد: «ترد الأمة على البائع بعيب الزوجية، ولا شيء على المبتاع للوطئ، إلا أن تكون بكرًا لم يبن بها الزوج، فيرد معها ما نقصها الافتضاض». «النوادر والزيادات» (١/ ٢٦١)، وانظر: «الذخيرة» (٥/ ١٠٨).

(٨) «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٤٧).

وَقَالَ عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ[١]: الْوَطْءُ مُعْتَبَرٌ فِي الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ النَّوْعِ مِنَ الرَّقِيقِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ أَثَرٌ فِي الْقِيمَةِ رَدَّ الْبَائِعُ[٢] مَا نَقَصَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، فَهَذَا هُوَ حُكْمُ النُّقْصَانِ الْحَادِثِ فِي الْمَبِيعَاتِ.

٢٠٨٦ وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ فِي الْمَبِيعِ ـ أَعْنِي: الْمُتَوَلِّدَةُ الْمُنْفَصِلَةُ مِنْهُ: فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا:

فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ[٣]: إِلَى أَنَّهَا غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ فِي الرَّدِّ، وَأَنَّهَا لِلْمُشْتَرِي، لِعُمُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[٤]. [أ/٣٦٨ظ]

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَاسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْوَلَدَ، فَقَالَ: يَرُدُّ لِلْبَائِعِ، وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إِلَّا الرَّدُّ الزَّائِدُ مَعَ الْأَصْلِ أَوِ الْإِمْسَاكُ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: الزَّوَائِدُ كُلُّهَا تَمْنَعُ الرَّدَّ، وَتُوجِبُ أَرْشَ الْعَيْبِ إِلَّا الْغَلَّةَ وَالْكَسْبَ.

وَحُجَّتُهُ:

أَنَّ مَا تَوَلَّدَ عَنِ الْمَبِيعِ دَاخِلٌ فِي الْعَقْدِ، فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ رَدُّهُ وَرَدُّ مَا تَوَلَّدَ عَنْهُ[٦]، كَانَ ذَلِكَ فَوْتًا يَقْتَضِي أَرْشَ الْعَيْبِ ـ (إِلَّا مَا نَصَّصَهُ الشَّرْعُ مِنَ الْخَرَاجِ وَالْغَلَّةِ)[٧].

وَأَمَّا الزِّيَادَةُ [م/٢٠٣و] الْحَادِثَةُ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ الْغَيْرُ مُنْفَصِلَةٍ عَنْهُ:

فَإِنَّهَا إِنْ كَانَتْ مِثْلَ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ وَالرَّقْمِ في الثوب، فَإِنَّهَا تُوجِبُ الْخِيَارَ فِي الْمَذْهَبِ[٨]:

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٢٨٧). (٢) في (أ): «المشتري للبائع».
(٣) ينظر: «المهذب» (٢/ ٥١)، وانظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٩٣).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) «المبسوط» (١٣/ ١٠٤)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥٧).
(٦) في (أ): «منه». (٧) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٨) قال ابن رشد الجد: «وأما الزيادة بما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه =

إِمَّا في الْإِمْسَاك، وَالرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ.

وَإِمَّا فِي الرَّدِّ، وَكَوْنِهِ شَرِيكًا مَعَ الْبَائِعِ بِقِيمَةِ الزِّيَادَةِ.

٢٠٨٧ وَأَمَّا النَّمَاءُ فِي الْبَدَنِ مِثْلُ السِّمَنِ:

فَقَدْ قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: يَثْبُتُ [ب/٣٢٦و] بِهِ الْخِيَارُ.

وَقِيلَ: لَا يَثْبُتُ.

وَكَذَلِكَ النَّقْصُ الَّذِي هُوَ الْهُزَالُ، فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي حُكْمِ التَّغْيِيرِ(١).

الْفَصْلُ الْخَامِسُ: فِي الْقَضَاءِ فِي اخْتِلَافِ الْحُكْمِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ.

وَأَمَّا **صِفَةُ الْحُكْمِ** فِي الْقَضَاءِ بِهَذِهِ الْأَحْكَامِ:

فَإِنَّهُ إِذَا تَقَارَّ(٢) الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي عَلَى حَالَةٍ مِنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ هَاهُنَا، وَجَبَ الْحُكْمُ الْخَاصُّ بِتِلْكَ الْحَالِ.

فَإِنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ (دَعْوَى الْقَائِمِ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يُنْكِرَ وُجُودَ الْعَيْبِ، أَوْ يُنْكِرَ حُدُوثَهُ عِنْدَهُ.

فَإِنْ أَنْكَرَ وُجُودَ الْعَيْبِ بِالْمَبِيعِ)(٣):

فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ يَسْتَوِي فِي إِدْرَاكِهِ جَمِيعُ النَّاسِ، كَفَى فِي ذَلِكَ شَاهِدَانِ عَدْلَانِ (مِمَّنِ اتَّفَقَ مِنَ النَّاسِ.

وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَخْتَصُّ بِعِلْمِهِ أَهْلُ صِنَاعَةٍ مَا، شَهِدَ بِهِ أَهْلُ تِلْكَ الصِّنَاعَةِ:

فَقِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: عَدْلَانِ)(٤).

= كالصبغ والخياطة والكمد، وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه إلا بفساد، فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويكون شريكًا بما زاد مما أحدثه من الصبغ وشبهه، لأنه أخرج ماله فيه، فلا يذهب هدرًا». «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠٣). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٨١).

(١) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٥٥)، «الشرح الكبير» (٣/ ١٢٩).

(٢) في (أ): «تقرر».

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٤) ما بين القوسين ليس في (ب).

وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ فِي ذَلِكَ: الْعَدَالَةُ وَلَا الْعَدَدُ وَلَا الْإِسْلَامُ(١).

وَكَذَلِكَ الْحَالُ، إِنِ اخْتَلَفُوا فِي كَوْنِهِ مُؤَثِّرًا فِي الْقِيمَةِ، وَفِي كَوْنِهِ أَيْضًا قَبْلَ أَمَدِ التَّبَايُعِ أَوْ بَعْدَهُ، فإن لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ حلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهُ مَا حَدَثَ عِنْدَهُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى وُجُودِ الْعَيْبِ بِالْمَبِيعِ لَمْ يَجِبْ لَهُ يَمِينٌ عَلَى الْبَائِعِ.

وَأَمَّا إِذَا وَجَبَ الْأَرْشُ:

فَوَجْهُ الْحُكْمِ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَوَّمَ الشَّيْءُ سَلِيمًا، وَيُقَوَّمَ مَعِيبًا، وَيَرُدَّ الْمُشْتَرِي مَا بَيْنَ ذَلِكَ.

فَإِنْ وَجَبَ الْخِيَارُ: قُوِّمَ ثَلَاث تَقْوِيمَاتٍ:

تَقْوِيمٌ وَهُوَ سَلِيمٌ.

وَتَقْوِيمٌ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَ (الْبَائِعِ.

وَتَقْوِيمٌ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَ)(٢) الْمُشْتَرِي.

فَيَرُدُّ الْبَائِعُ الثَّمن، وَيَسْقُطُ عَنْهُ مَا قُدِّرَ مِنْهُ قَدْرَ مَا تَنْقُصُ بِهِ الْقِيمَةُ الْمَعِيبَةُ عَنِ الْقِيمَةِ السَّلِيمَةِ.

وَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي الرَّدَّ وأحب الْإِمْسَاكَ رَدَّ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ مَا بَيْنَ الْقِيمَةِ الصَّحِيحَةِ [أ/٣٦٩و] وَالْمَعِيبَةِ عِنْدَهُ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِي بَيْعِ الْبَرَاءَةِ

٢٠٨٨ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِ هَذَا الْبَيْعِ.

وَصُورَتُهُ: أَنْ يَشْتَرِطَ (الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي)(٣) الْتِزَامَ كُلِّ عَيْبٍ يَجِدُهُ فِي الْمَبِيعِ عَلَى الْعُمُومِ:

---

(١) قال ابن أبي زيد: «من كتاب محمد، قال: ولا يرد به من العيوب إلا ما يجتمع عليه عدلان من أصل العلم بتلك السلعة وعيوبها». «النوادر والزيادات» (١/ ٢٤٤). وانظر: «شرح التلقين» (٢/ ٧٢٦).

(٢) من (ب).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «المشتري على البائع».

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: يَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ؛ سَوَاءٌ عَلِمَهُ الْبَائِعُ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ، سَمَّاهُ أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ، أَبْصَرَهُ أَوْ لَمْ يُبْصِرْهُ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ[٢].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، فِي أَشْهَرِ قَوْلَيْهِ - وَهُوَ الْمَنْصُورُ عِنْدَ أَصْحَابِهِ[٣]: لَا يَبْرَأُ الْبَائِعُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ يُرِيهِ لِلْمُشْتَرِي، وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ[٤].

وَأَمَّا مَالِكٌ[٥]: فَالْأَشْهَرُ عَنْهُ أَنَّ الْبَرَاءَةَ جَائِزَةٌ مِمَّا لَمْ يَعْلَم الْبَائِعُ مِنَ الْعُيُوبِ، وَذَلِكَ فِي الرَّقِيقِ خَاصَّةً، إِلَّا الْبَرَاءَةَ مِنَ الْحَمْلِ فِي الْجَوَارِي الرَّائِعَاتِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ لِعِظَمِ الْغَرَرِ فِيهِ، وَيَجُوزُ فِي الْوَخْشِ.

وَفِي رِوَايَةٍ ثَانِيَةٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الرَّقِيقِ وَالْحَيَوَانِ.

وَفِي رِوَايَةٍ ثَالِثَةٍ: مِثْلَ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ[٦].

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ: أَنَّ بَيْعَ الْبَرَاءَةِ إِنَّمَا يَصِحُّ مِنَ السُّلْطَانِ فَقَطْ.

وَقِيلَ: فِي بَيْعِ[٧] السُّلْطَانِ وَبَيْعِ الْمَوَارِيثِ، وَذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَشْتَرِطُوا الْبَرَاءَةَ[٨].

---

(١) «المبسوط» (١٣/ ١٠٦)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥٨).
(٢) «الأوسط»، لابن المنذر (١٠/ ٢٤٨).
(٣) «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٧٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٧٣).
(٤) قال في «الأوسط» (١٠/ ٢٤٨): «هذا قول ابن أبي ليلى وسفيان الثوري، وروي ذلك عن الشعبي».
(٥) «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠٥).
(٦) قال القاضي عبد الوهاب: «ويجوز البيع بشرط البراءة في الرقيق دون غيره ويبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه فكتمه». «التلقين» (ص٣٨٧). وانظر: «النوادر والزيادات» (١/ ٢٣٥)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧١٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٧٣).
(٧) أي: يصح في بيع السلطان... إلخ.
(٨) قال في «المدونة» (٣/ ٣٦٦): «لا أرى أن تنفع إنما كانت البراءة لأهل الديون يفلسون، فيبيع عليهم السلطان».

وَحُجَّةُ مَنْ رَأَى الْقَوْلَ بِالْبَرَاءَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ: أَنَّ الْقِيَامَ بِالْعَيْبِ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْبَائِعِ، فَإِذَا أُسْقِطَهُ سَقَطَ أَصْلُهُ وَسَائِرُ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ.

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ: أَنَّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ فِيمَا لَمْ يَعْلَمْهُ الْبَائِعُ، وَمِنْ بَابِ الْغَبْنِ، وَالْغِشِّ فِيمَا عَلِمَهُ، وَلِذَلِكَ اشْتَرَطَ ـ جَهْلَ الْبَائِعِ ـ مَالِكٌ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَعُمْدَةُ مَالِكٍ: مَا رَوَاهُ فِي «الْمُوطَّأِ»: أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ غُلَامًا لَهُ بِثَمَانِ مِئَةِ دِرْهَمٍ، وَبَاعَهُ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَالَ الَّذِي ابْتَاعَهُ [ب/٣٢٦ظ] لِعَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ: بِالْغُلَامِ دَاءٌ لَمْ تُسَمِّهِ، فَاخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بن عفان، فَقَالَ الرَّجُلُ: بَاعَنِي عَبْدًا وَبِهِ دَاءٌ لَمْ يُسَمِّهِ لِي، وَقَالَ عَبْدُ اللهِ: بِعْتُهُ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَضَى عُثْمَانُ عَلَى عَبْدِ اللهِ أَنْ يَحْلِفَ لَقَدْ بَاعَ الْعَبْدَ وَمَا بِهِ من دَاء يَعْلَمُهُ، فَأَبَى عَبْدُ اللهِ أَنْ يَحْلِفَ وَارْتَجَعَ [م/٢٠٣ظ] الْعَبْدَ(١).

وَرُوِيَ أَيْضًا، أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَ يُجِيزُ بَيْعَ الْبَرَاءَةِ(٢).

وَإِنَّمَا خَصَّ مَالِكٌ بِذَلِكَ الرَّقِيقَ؛ لِكَوْنِ عُيُوبِهِمْ فِي الْأَكْثَرِ خَافِيَةً.

وَبِالْجُمْلَةِ:

خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلْمُشْتَرِي، وَلَمَّا كَانَ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا كَثِيرًا كَاخْتِلَافِ الْمَبِيعَاتِ فِي صِفَاتِهَا: وَجَبَ إِذَا اتَّفَقَا عَلَى الْجَهْلِ بِهِ، أَنْ لَا يَجُوزَ أَصْلُهُ إِذَا اتَّفَقَا عَلَى جَهْلِ صِفَةِ الْمَبِيعِ الْمُؤَثِّرَةِ فِي الثَّمَنِ.

وَلِذَلِكَ حَكَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْمُدَوَّنَةِ»، عَنْ مَالِكٍ: أَنَّ آخِرَ قَوْلِهِ كَانَ إِنْكَارَ بَيْعِ الْبَرَاءَةِ إِلَّا مَا خَفَّفَ فِيهِ السُّلْطَانُ، وَفِي قَضَاءِ الدُّيُونِ خَاصَّةً(٣).

وَذَهَبَ الْمُغِيرَةُ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ إِلَى أَنَّ الْبَرَاءَةَ إِنَّمَا تَجُوزُ فِيمَا كَانَ

---

(١) «موطأ» مالك» (٤/ ٨٨٥).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٢٨٣).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٦٦).

[أ/ ٣٦٩ظ] مِنَ الْعُيُوبِ لَا يَتَجَاوَزُ فِيهَا ثُلُثَ الْمَبِيعِ[١].

وَالْبَرَاءَةُ بِالْجُمْلَةِ: إِنَّمَا تَلْزَمُ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِالشَّرْطِ ـ أَعْنِي: إِذَا اشْتَرَطَهَا ـ إِلَّا بَيْعَ السُّلْطَانِ وَالْمَوَارِيثِ عِنْدَ مَالِكٍ، (أَو بَيْعَ السُّلْطَانِ فَقَطْ)[٢].

فَالْكَلَامُ بِالْجُمْلَةِ فِي بَيْعِ الْبَرَاءَةِ هُوَ فِي جَوَازِهِ وشَرْطِ جَوَازِهِ، وَفِيمَا يَجُوزُ مِنَ الْعُقُودِ وَالْمَبِيعَاتِ وَالْعُيُوبِ، وَلِمَنْ يَجُوزُ بِالشَّرْطِ، أَوْ مُطْلَقًا، وَهَذِهِ كُلُّهَا قَدْ تَقَدَّمَتْ مَشْرُوحَةً[٣] بِالْقُوَّةِ فِي قَوْلِنَا.

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: فِي وَقْتِ ضَمَانِ الْمَبِيعَاتِ.

٢٠٨٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَضْمَنُ فِيهِ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ أَنَّى تَكُونُ خَسَارَتُهُ إِنْ هَلَكَ مِنْهُ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]: لَا يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ[٦] فَلَهُ فيه تَفْصِيلٌ: وَذَلِكَ أَنَّ الْمَبِيعَاتِ عِنْدَهُ فِي هَذَا الْبَابِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

مبيعٌ يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مِنْ وَزْنٍ، أَوْ كَيْلٍ، أو عَدَدٍ.

وَبَيْعٌ لَيْسَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، وَهُوَ الْجُزَافُ، أَوْ مَا لَا يُوزَنُ، وَلَا يُكَالُ، وَلَا يُعَدُّ.

---

(١) قال فِي «النوادر والزيادات» (١/ ٢٣٧): «وقاله أصحابه إلا المغيرة، فإنه قال: ما لم يجاوز ثلث الثمن، فلا تنفع فيه البراءة حينئذ».

(٢) من (م). (٣) ليست فِي (م).

(٤) قال الكاساني: «ما هلك بعد القبض يهلك فِي ضمان القابض». «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٨). وانظر: «البناية شرح الهداية» (٨/ ١٠٨).

(٥) قال زكريا الأنصاري: «الأصل في أنَّ المبيع بعد القبض من ضمان المشتري». «الغرر البهية» (٣/ ٤٠).
وانظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٠٧). وهو مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٣/ ٤٨٧)، «كشاف القناع» (٣/ ٢١٠).

(٦) «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٨٣).

فَأَمَّا مَا كَانَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ: فَلَا يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَأَمَّا مَا لَيْسَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ وَهُوَ حَاضِرٌ:

فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ ضَمَانَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ.

٢٠٩٠ وَأَمَّا الْمَبِيعُ الغائب:

فَعَنْ مَالِكٍ، فِي ذَلِكَ **ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ**(١):

أَشْهَرُهَا: أَنَّ الضَّمَانَ مِنَ الْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ عَلَى الْمُبْتَاعِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ مِنَ الْمُبْتَاعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ عَلَى الْبَائِعِ.

وَالثَّالِثَةُ: الْفَرْقُ بَيْنَ مَا لَيْسَ بِمَأْمُونِ الْبَقَاءِ إِلَى وَقْتِ الِاقْتِضَاءِ كَالْحَيَوَانِ وَالْمَأْكُولَاتِ، وَبَيْنَ مَا هُوَ مأمون الْبَقَاءِ(٢).

وَالْخِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى (هَذَا التَّفْصِيلِ)(٣):

هَلِ الْقَبْضُ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الْعَقْدِ، أَوْ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ، وَالْعَقْدُ لَازِمٌ دُونَ الْقَبْضِ؟

فَمَنْ قَالَ الْقَبْضَ مِنْ شُرُوطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ، أَوْ لُزُومِهِ، أَوْ كَيْفَ شِئْتَ أَنْ تُعبِّرَ عَنْ(٤) هَذَا الْمَعْنَى كَانَ الضَّمَانُ عِنْدَهُ مِنَ الْبَائِعِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُشْتَرِي.

وَمَنْ قَالَ: هُوَ حُكْمٌ لَازِمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْبيعِ(٥)، وَالْبَيْعُ قَدِ انْعَقَدَ وَلَزِمَ، قَالَ: فالْعَقْدُ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

وَتَفْرِيقُ مَالِكٍ بَيْنَ الْغَائِبِ وَالْحَاضِرِ؛ وَالَّذِي فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، وَالَّذِي لَيْسَ فِيهِ حَقُّ توفيةٍ اسْتِحْسَانٌ، وَمَعْنَى الِاسْتِحْسَانِ فِي أَكْثَرِ [ب/٣٢٧و] الْأَحْوَالِ هُوَ الِالتِفَات إِلَى الْمَصْلَحَةِ، وَالْعَدْلِ.

---

(١) «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٠٧)، «النوادر والزيادات» (١/ ٢٣٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٨٦).

(٢) انظر: «شرح التلقين» (٢/ ٧٦٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣٨٧).

(٣) من (م).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «تعتبر».

(٥) في (أ): «المبيع».

وَذَهَبَ أَهْلُ الظَّاهِرِ إِلَى أَنَّ بِالْعَقْدِ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي - فِيمَا أَحْسَبُ. وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى[(١)] ذَلِكَ: اتِّفَاقُهُمْ عَلَى أَنَّ الْخَرَاجَ قَبْلَ الْقَبْضِ لِلْمُشْتَرِي، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: **«الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»**[(٢)].

وَعُمْدَةُ الْمُخَالِفِ:

حَدِيثُ عَتَّابِ بْنِ أَسِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ لَمَّا بَعَثَهُ إِلَى مَكَّةَ قَالَ لَهُ: **«انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ**[(٣)] **مَا لَمْ يَقْبِضُوا،** [أ/ ٣٧٠و] **وَرِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا»**[(٤)].

وَقَدْ تَكَلَّمْنَا فِي شَرْطِ الْقَبْضِ فِي الْمَبِيعِ فِيمَا سَلَفَ.

٢٠٩١ وَلَا **خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ** أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْقَبْضِ إِلَّا فِي الْعُهْدَةِ وَالْجَوَائِحِ.

وَإِذْ قَدْ ذَكَرْنَا الْعُهْدَةَ فَيَنْبَغِي أَنْ نَذْكُرَ هَاهُنَا الْجَوَائِحَ.

الْقَوْلُ فِي الْجَوَائِحِ:

٢٠٩٢ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي وَضْعِ الْجَوَائِحِ (فِي الثِّمَارِ)[(٥)]:

فَقَالَ بِالْقَضَاءِ بِهَا: مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[(٦)].

وَمَنَعَهَا: أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)]، [أ/ ٢٠٤و] ....

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أبى».

(٢) تقدم تخريجُه. (٣) مكانها بياض في (م).

(٤) أخرجه البيهقيُّ (١١/ ١٦١ ط هجر).
وقال: «تَفَرَّدَ به يَحيَى بنُ صالحٍ الأيليُّ، وهو مُنكَرٌ بهذا الإسنادِ».

(٥) ليس في (م).

(٦) قال القاضي عبد الوهاب: «والجوائح موضوعة إذا أتت على ثلث مكيلة الثمرة فصاعدًا ولا توضع فيما قصر عنه وتكون من مشتريها». «التلقين» (ص٣٧٦). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٣٥).
ومذهب الحنابلة بوضع الجوائح في الجملة. انظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٤٨)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٨٦).

(٧) انظر: «النتف في الفتاوى» (١/ ١٨٧)، والبناية شرح الهداية (٣/ ٤٣١).

وَالثَّوْرِيُّ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢] - فِي (أَحَدِ قَوْلَيْهِ)[٣]، وَاللَّيْثُ[٤].

فَعُمْدَةُ مَنْ قَالَ بِوَضْعِهَا:

حَدِيثُ جَابِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«مَنْ بَاعَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَأْخُذْ مِنْ أَخِيهِ شَيْئًا، (عَلَى مَاذَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»؟)**[٥]

خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ، عَنْ جَابِرٍ[٦].

وَمَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: «أَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»[٧].

فَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ الْجَوَائِحَ:

حَدِيث جَابِرٍ هَذَا، وَقِيَاسُ الشَّبَهِ[٨] أَيْضًا، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ مَبِيعٌ بَقِيَ

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٣١١).

(٢) قال النووي: «وإن عرضت بعدها، فإن كان باعها بعد بدو الصلاح، فقولان.
الجديد الأظهر: أن الجوائح من ضمان المشتري.
والقديم: أنها من ضمان البائع». «روضة الطالبين» (٣/ ٥٦٤). وانظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٨٥).

(٣) في (م): «قوله الجديد».

(٤) قال ابن المنذر: «ومال إلى هذا القول الليث بن سعد». «الأوسط» (١٠/ ٦٦).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

(٦) أخرجه مسلم (١٥٥٤).

(٧) أخرجه مسلم (١٥٥٤).

(٨) قياس الشبه: هو إلحاق الفرع المتردد بين أصلين بأكثرهما شبهًا به.
والأصوليون يمثلون له بالعبد، فهل يلحق بالمملوكات لاشتراكهما فِي الملك، أو بالرجل الحر لاشتراكهما فِي الإنسانية؟ فالعبد له وصفان: الإنسانية وكونه مملوكًا، فبأيهما كان أكثر شبهًا يلحق به.
فهو من ناحية التصرف مملوك، يلحق بالمملوكات، فيتصرف فيه كما يتصرف فِي المملوكات الأخر.
وهو من ناحية الإنسانية: مكلف بالغ، له أوصاف الإنسان من العقل والتكليف والبلوغ وحصول الأجر على الطاعة، وحصول الإثم على المعصية.
انظر: «المستصفى» (ص٣١٦)، «الواضح في أصول الفقه» (٢/ ٤٩)، «روضة الناظر» (ص٣١٢).

عَلَى الْبَائِعِ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، بِدَلِيلِ مَا عَلَيْهِ مِنْ سَقْيِهِ إِلَى أَنْ يُكْمِلَ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ ضَمَانُهُ مِنْهُ أَصْلُهُ سَائِرُ الْمَبِيعَاتِ الَّتِي بَقِيَ فِيهَا حَقُّ تَوْفِيَةٍ.

وَالْفَرْقُ عِنْدَهُمْ بَيْنَ هَذَا الْمَبِيعِ وَبَيْنَ سَائِرِ الْبُيُوعِ: أَنَّ هَذَا بَيْعٌ وَقَعَ فِي الشَّرْعِ، وَالْمَبِيعُ لَمْ يَكْمُلْ بَعْدُ، فَكَأَنَّهُ مُسْتَثْنًى مِنَ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِي ضَمَانِهِ مُخَالِفًا لِسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَقُلْ بِالْقَضَاءِ بِهَا: فَتَشْبِيهُ هَذَا الْبَيْعِ بِسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ وَأَنَّ التَّخْلِيَةَ فِي هَذَا الْمَبِيعِ هُوَ الْقَبْضُ.

٢٠٩٣ **وَقَدِ اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ ضَمَانَ الْمَبِيعَاتِ بَعْدَ الْقَبْضِ مِنَ الْمُشْتَرِي[1].

وَمِنْ طَرِيقِ السَّمَاعِ أَيْضًا ـ حَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، قَالَ: «أُجِيحَ رَجُلٌ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا وَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**، فَتُصُدِّقَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**»[2]، قَالُوا: فَلَمْ يَحْكُمْ بِالْجَائِحَةِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

هُوَ تَعَارُضُ الْآثَارِ فِيهَا[3]، وَتَعَارُضُ مَقَايِيسِ الشَّبَهِ، وَقَدْ رَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ صَرْفَ الْحَدِيثِ الْمُعَارِضِ لِلْحَدِيثِ الَّذِي هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ بِالتَّأْوِيلِ:

فَقَالَ مَنْ مَنَعَ الْجَائِحَةَ: يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ بِهَا إِنَّمَا وَرَدَ مِنْ قِبَلِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا.

قَالُوا: وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَثُرَ شَكْوَاهُمْ بِالْجَوَائِحِ أُمِرُوا أَنْ لَا يَبِيعُوا الثَّمَرَ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ، وَذَلِكَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ الْمَشْهُورِ[4].

---

(١) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٥٢)، وابن القطان في «الإقناع»، لابن القطان (٤/ ١٧٣٧)، والزركشي في «شرح الخرقي» (٣/ ٥١).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٥٦).

(٣) من (م).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٧٢) ـ ومن طريقه: الدارقطني (٢٨٣٣)، والخطيب في «تاريخه» (٤/ ١٩٨) ـ من حديث زيد بن ثابت، قال: كان الناس يتبايعون الثمار، قبل أن يبدو =

وَقَالَ مَنْ أَجَازَهَا فِي حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ[١]: [ب/٣٢٧ظ] يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ عَدِيمًا، فَلَمْ يَقْضِ عَلَيْهِ بِجَائِحَةٍ، أَوْ أَنْ يَكُونَ الْمِقْدَارُ [أ/٣٧٠ظ] الَّذِي أُصِيبَ مِنَ الثَّمَرِ مِقْدَارًا لَا يَلْزَمُ فِيهِ جَائِحَةٌ، أَوْ أَنْ يَكُونَ أُصِيبَ فِي غَيْرِ الْوَقْتِ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الْجَائِحَةُ، مِثْلُ أَنْ يُصَابَ بَعْدَ الْجِذَاذِ أَوْ بَعْدَ الطِّيبِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَرَوَى حَدِيثَ جَابِرٍ؛ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَتِيقٍ، عَنْ جَابِرٍ، وَكَانَ يُضَعِّفُهُ، وَيَقُولُ: إِنَّهُ اضْطَرَبَ فِي ذِكْرِ وَضْعِ الْجَوَائِحِ فِيهِ، وَلَكِنَّهُ قَالَ: إِنْ ثَبَتَ الْحَدِيثُ وَجَبَ وَضْعُهَا فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ[٢].

٢٠٩٤ **وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ[٣] فِي الْقَضَاءِ بِالْجَائِحَةِ بِالْعَطَشِ.**

وَقَدْ جَعَلَ الْقَائِلُونَ بِهَا اتِّفَاقَهُمْ فِي هَذَا حُجَّةً عَلَى إِثْبَاتِهَا.

٢٠٩٥ وَالْكَلَامُ فِي أُصُولِ الْجَوَائِحِ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ يَنْحَصِرُ فِي **أَرْبَعَةِ فُصُولٍ:**

الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ الْأَسْبَابِ الْفَاعِلَةِ لِلْجَوَائِحِ.

والثَّانِي: فِي مَحِلِّ الْجَوَائِحِ مِنَ الْمَبِيعَاتِ.

الثَّالِثُ: فِي مِقْدَارِ مَا يُوضَعُ مِنْهُ فِيهِ.

الرَّابِعُ: فِي الْوَقْتِ الَّذِي تُوضَعُ.

= صلاحها، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم، قال المبتاع: قد أصاب الثمر الدمان وأصابه قشام وأصابه مِراض عاهات يحتجون بها، فلما كثرت خصومتهم عند النبي ﷺ، قال رسول الله ﷺ كالمشورة يشير بها: «**فإما لا فلا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها**»، لكثرة خصومتهم واختلافهم.

وأخرجه البخاري (٢١٨٣)، ومسلم (١٥٣٤)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا الثمر بالتمر**».

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: «الأم» (٣/ ٥٧).

(٣) حكى الإجماع على وضع الجائحة قبل القبض بالآفة السماوية، ومنها العطش ـ: البغوي في «شرح السُّنَّة» (٨/ ١٠٠)، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ٢٨٦).

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

٢٠٩٦ أَمَّا مَا أَصَابَ الثَّمَرَةَ مِنَ السَّمَاءِ مِثْلُ الْبَرْدِ، وَالْقَحْطِ، وَضِدِّهِ وَالْعَفَنِ:

فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ جَائِحَةٌ(١).

٢٠٩٧ (وَأَمَّا الْعَطَشُ ـ كَمَا قُلْنَا ـ **فَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْجَمِيعِ** أَنَّهُ جَائِحَةٌ)(٢).

٢٠٩٨ (وَأَمَّا مَا أَصَابَ مِنْ صُنْعِ الْآدَمِيِّينَ:

فَبَعْضٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ رَآهُ جَائِحَةً.

وَبَعْضٌ لَمْ يَرَهُ جَائِحَةً(٣).

وَالَّذِينَ رَأَوْهُ جَائِحَةً)(٤) انْقَسَمُوا قِسْمَيْنِ:

فَبَعْضُهُمْ: رَأَى مِنْهُ جَائِحَةً مَا كَانَ غَالِبًا كَالْجَيْشِ وَلَمْ يَرَ مَا كَانَ مِنْهُ بِمُغَافَصَةٍ جَائِحَة مِثْلَ السَّرِقَةِ(٥).

وَبَعْضُهُمْ: جَعَلَ(٦) كُلَّ مَا يُصِيبُ الثَّمَرَةَ مِنْ جِهَةِ الْآدَمِيِّينَ جَائِحَةً

---

(١) انظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ١٢٩)، «حاشية العدوية على كفاية الطالب» (٢/ ٢١٦).

(٢) ما بين القوسين ليس فِي (أ).

(٣) قال ابن رشد الجد: «وأما ما كان من اكتساب المخلوقين المكلفين ولا يمكن الاحتراس منه كالجيش والسارق، فاختلف فيه هل هو جائحة أم لا؟
فذهب ابن القاسم إلى أن ذلك جائحة، لأنه عنده مما لا يمكن الاحتراس منه، ولا يقدر على دفعه.
وذهب ابن الماجشون ومطرف إلى أن ذلك ليس بجائحةٍ، لأن ذلك مما يمكن عنده دفعه؛ لأنَّ السلطان يكف الجيش ويمنعه؛ وكذلك السارق يتحصن منه؛ وقال ابن نافع: الجيش جائحة وليس السارق بجائحة، فكأنه رأى أنَّ الجيش مما لا يمكن دفعه، وأنَّ السارق يقدر على التحفظ منه والتحصن عنه». «المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٤٥).

(٤) ما بين القوسين ليس فِي (ب).

(٥) انظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٠٢)، «التاج والإكليل» (٦/ ٤٦٣).

(٦) في (م): «رأى».

(بِأَيِّ وَجْهٍ)[١] كَانَ.

فَمَنْ جَعَلَهَا فِي الْأُمُورِ السَّمَاوِيَّةِ فَقَطِ: اعْتَمَدَ ظَاهِرَ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ [م/ ٢٠٤ظ]: **«أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، (فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟)[٢]»[٣]**.

وَمَنْ جَعَلَهَا فِي أَفْعَالِ الْآدَمِيِّينَ شَبَّهَهَا بِالْأُمُورِ السَّمَاوِيَّةِ، وَمَنِ اسْتَثْنَى اللِّصَّ قَالَ: يُمْكِنُ أَنْ يُتَحَفَّظَ مِنْهُ.

الْفَصْلُ الثَّانِي

وَمَحِلُّ الْجَوَائِحِ هِيَ الثِّمَارُ وَالْبُقُولُ:

٢٠٩٩ فَأَمَّا الثِّمَارُ:

فَلَا خِلَافَ فِيهَا فِي الْمَذْهَبِ[٤].

٢١٠٠ وَأَمَّا الْبُقُولُ:

فَفِيهَا خِلَافٌ[٥].

وَالْأَشْهَرُ أَنَّ[٦] فِيهَا الْجَائِحَةَ.

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الرجراجي: «اعلم أن المبيع الموضوع فيه الجائحة على ثلاثة أضرب:
ثمار يجنس أولها على آخرها؛ كالنخيل، والعنب، والزيتون، والجوز، والتفاح، وما يجري مجراها: فهذه يراعى في جوائحها الثلث بثلث الثمرة، ونصفها بنصفها إجماعًا». «مناهج التحصيل» (٧/ ٣٤٧)، وانظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ١٢٩).

(٥) قال ابن رشد الجد: «وأما البقول: فاختلفت الرواية عن مالك رحمه الله فيها:
فمرةً قال يوضع فيها القليل والكثير.
ومرةً قال: حكمها حكم الثمار لا توضع الجائحة فيها إلا في الثلث فما زاد».
«المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٤٢). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٠٥).

(٦) ليست في (م).

٢١٠١ وَإِنَّمَا **اخْتَلَفُوا** فِي الْبُقُولِ لِاخْتِلَافِهِمْ فِي تَشْبِيهِهَا بِالْأَصْلِ الَّذِي هُوَ الثَّمَرُ.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

٢١٠٢ وَأَمَّا الْمِقْدَارُ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الْجَائِحَةُ:

أَمَّا فِي الثِّمَارِ: فَالثُّلُثُ.

وَأَمَّا فِي الْبُقُولِ:

فَقِيلَ: فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ.

وَقِيلَ: فِي الثُّلُثِ(١).

وَابْنُ الْقَاسِمِ يَعْتَبِرُ ثُلُثَ الثَّمَرِ بِالْكَيْلِ.

وَأَشْهَبُ يَعْتَبِرُ الثُّلُثَ فِي الْقِيمَةِ(٢).

فَإِذَا ذَهَبَ مِنَ الثَّمَرِ ـ عِنْدَ أَشْهَبَ ـ مَا قِيمَتُهُ الثُّلْثُ مِنَ الْكَيْلِ وَضَعَ عَنْهُ الثُّلُثَ مِنَ الثَّمَنِ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ ثُلُثًا فِي الْكَيْلِ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

---

(١) قال ابن حبيب: «فوضع الجوائح على **ثلاثة أوجه**:

فوجه يوضع فيه قليل ذلك وكثيره، وذلك فِي الخُضَر من جميع البقول وما ناسبها، فيوضع ذلك فيها وإن قل، إلا التافه الذي لا بالة له، فلا يوضع. قال ابن المواز: واختلف فيها عن مالك.

وقال علي بن زياد عن مالك فِي المدونة: إنه لا يوضع فيها إلا ما بلغ الثلث». «النوادر والزيادات» (١/ ٢٠٠)، وقال ابن رشد الجد: «ولأنَّ العادة فِي الثمار ذهاب بعضها للحاجة إلى تبقيتها على رؤوس النخل، فالمشتري على ذلك دخل، وليس كذلك البقول، لأنه لا عادة فِي تلفها، ولا فِي تلف شيء منها، بل العادة سلامة جميعها؛ وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يوضع قليلها وكثيرها». «المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٤٢).

(٢) انظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٣٩)، «مناهج التحصيل» (٧/ ٣٤٨).

وَأَمَّا[١] ابْنُ الْقَاسِمِ[٢]: فَإِنَّهُ قال[٣]: إِذَا ذَهَبَ مِنَ الثَّمَرِ الثُّلُثُ مِنَ الْكَيْلِ، فَإِنْ كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا لَيْسَ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ بُطُونِهِ حَطَّ عَنْهُ مِنَ الثَّمَنِ الثُّلُثَ.

وَإِنْ كَانَ الثَّمَرُ أَنْوَاعًا كَثِيرَةً مُخْتَلِفَةَ الْقِيَمِ[٤]، أَوْ كَانَ بُطُونًا مُخْتَلِفَةَ الْقِيَمِ[٥] أَيْضًا اعْتَبَرَ [أ/ ٣٧١و] فِيهِ[٦] قِيمَةَ ذَلِكَ الثُّلُثَ الذَّاهِبَ مِنْ قِيمَةِ الْجَمِيعِ، فَمَا كَانَ قَدْرَهُ [ب/ ٣٢٨و] حَطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِذَلِكَ الْقَدْرِ، فَفِي مَوْضِعٍ يَعْتَبِرُ الْمَكِيلَةَ فَقَطْ؛ حَيْثُ تستوي الْقِيمَةُ فِي أَجْزَاءِ الثَّمَر وَبُطُونِه، وَفِي مَوْضِعٍ يَعْتَبِرُ الأَمْرَيْنِ جَمِيعًا حَيْثُ تَخْتَلِفُ الْقِيمَةُ.

وَالْمَالِكِيَّةُ يَحْتَجُّونَ فِي مَصِيرِهِمْ إِلَى التَّقْدِيرِ فِي وَضْعِ الْجَوَائِحِ؛ وَإِنْ كَانَ الْحَدِيثُ الْوَارِدُ فِيهَا مُطْلَقًا بِأَنَّ الْقَلِيلَ فِي هَذَا مَعْلُومٌ مِنْ حُكْمِ الْعَادَةِ أَنَّهُ يُخَالِفُ الْكَثِيرَ؛ إِذْ كَانَ مَعْلُومًا أَنَّ الْقَلِيلَ يَذْهَبُ مِنْ كُلِّ ثَمَرٍ، فَكَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ دَخَلَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ بِالْعَادَةِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالنُّطْقِ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْجَائِحَةَ الَّتِي عُلِّقَ الْحُكْمُ بِهَا تَقْتَضِي الْفَرْقَ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ.

قَالُوا: وَإِذَا وَجَبَ الْفَرْقُ وَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهِ الثلث؛ إِذْ قَدِ اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي مَوَاضِعَ.

وَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ يَضْطَرِبُ فِي هَذَا الأَصْلِ:

فَمَرَّةً يَجْعَلُ الثُّلُثَ مِنْ حَيِّزِ الْكَثِيرِ كَجَعْلِهِ إِيَّاهُ هَاهُنَا.

وَمَرَّةً يَجْعَلُهُ فِي حَيِّزِ الْقَلِيلِ، وَلَمْ يَضْطَرِبْ فِي أَنَّهُ الفارق[٧] بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَالْمُقَدَّرَاتُ يَعْسُرُ[٨] إِثْبَاتُهَا بِالْقِيَاسِ عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ.

---

(١) في (م): «فأما».

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٤٢)، «التاج والإكليل» (٤/ ٥٠٥).

(٣) ليست في (أ)، وكتب على حاشية (ب): «يعتبر إذا»، وأشار أنها الظاهر.

(٤) في (م): «القيمة».

(٥) في (م): «القيمة».

(٦) من (م).

(٧) ليست في (م).

(٨) في (م): «يعتبر».

ولِذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَوْ قُلْتُ بِالْجَائِحَةِ لَقُلْتُ فِيهَا بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَكَوْنُ الثُّلُثِ فَرْقًا بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، هُوَ نَصٌّ فِي الْوَصِيَّةِ فِي قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الثُّلُثُ، وَالثُّلثُ كَثِيرٌ**»(١).

الْفَصْلُ الرَّابِعُ

٢١٠٣ وَأَمَّا زَمَانُ الْقَضَاءِ بِالْجَائِحَةِ:

فَاتَّفَقَ الْمَذْهَبُ عَلَى وُجُوبِهَا فِي الزَّمَانِ الَّذِي يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَبْقِيَةِ الثمار عَلَى رُءُوسِ الشَّجَرِ حَيْثُ يَسْتَوْفِي طِيبَهُ(٢).

٢١٠٤ **وَاخْتَلَفُوا**(٣) إِذَا أَبْقَاهُ الْمُشْتَرِي فِي الثِّمَارِ لِيَبِيعَهُ عَلَى النَّضَارَةِ، وَشَيْئًا شَيْئًا:

فَقِيلَ: فِيهِ الْجَائِحَةُ تَشْبِيهًا بِالزَّمَانِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: لَيْسَ فِيهِ جَائِحَةٌ تَفْرِيقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزَّمَانِ الْمُتَّفَقِ عَلَى وُجُوبِ الْقَضَاءِ بِالْجَائِحَةِ فِيهِ.

وَذَلِكَ: أَنَّ هَذَا الزَّمَانَ يُشْبِهُ الزمانَ الْمُتَّفَقَ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ وَيُخَالِفُهُ مِنْ جِهَةٍ:

فَمَنْ غَلَّبَ الِاتِّفَاقَ أَوْجَبَ فِيهِ الْجَائِحَةَ.

وَمَنْ غَلَّبَ الِاخْتِلَافَ لَمْ يُوجِبْ فِيهِ جَائِحَةً ـ أَعْنِي: مَنْ رَأَى أَنَّ النَّضَارَةَ مَطْلُوبَةٌ بِالشِّرَاءِ كَمَا الطِّيبُ مَطْلُوبٌ، قَالَ: بِوُجُوبِ الْجَائِحَةِ فِيهِ، وَمَنْ لَمْ يَرَ الْأَمْرَ فِيهِمَا وَاحِدًا قَالَ: لَيْسَ فِيهِ جَائِحَةٌ).

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٣٩).
(٣) قال ابن الحاجب: «الثمار من ضمان البائع فِي الجوائح: قال ابن القاسم: إذا كان بقاؤها لينتهي طيبها، فلو انتهت كالعنب يطيب والبقول فلا جائحة كالتمر على النخل. وقال سَحنون: فيه الجائحة». «جامع الأمهات» (ص٣٦٧). وانظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ١٢٩).

وَمِنْ هَاهُنَا اخْتَلَفُوا فِي وُجُوبِ الْجَوَائِحِ فِي الْبُقُولِ.

الْجُمْلَةُ الثَّالِثَةُ: مِنْ جُمَلِ النَّظَرِ فِي الْأَحْكَامِ ـ وَهُوَ فِي تَابِعَاتِ الْمَبِيعَاتِ:

وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ الْمَشْهُور **اثْنَتَانِ**:

٢١٠٥ الْأُولَى:

بَيْعُ النخل وَفِيهَا الثَّمَرُ، مَتَى يَتْبَعُ بَيْعَ الْأَصْلِ وَمَتَى لَا يَتْبَعُهُ؟ [أ/ ٣٧١ظ]

فَجُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَنَّ مَنْ بَاعَ [م/ ٢٠٥و] نَخْلًا فِيهَا ثَمَرٌ قَبْلَ أَنْ يُؤَبَّرَ؛ فَإِنَّ الثَّمَرَ لِلْمُشْتَرِي، وأنه إن كَانَ الْبَيْعُ بَعْدَ الْإِبَارِ فَالثَّمَرُ لِلْبَائِعِ ـ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ.

وَالثِّمَارُ فِي هَذَا الْمَعْنَى فِي مَعْنَى النخل.

وَهَذَا كُلُّهُ لِثُبُوتِ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَنْ بَاعَ**(١) **نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ**»(٢).

قَالُوا: فَلَمَّا حَكَمَ ﷺ بِالثَّمَر لِلْبَائِعِ بَعْدَ الْإِبَارِ عَلِمْنَا بِدَلِيلِ الْخِطَابِ أَنَّهَا لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْإِبَارِ بِلَا شَرْطٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ(٣): هِيَ لِلْبَائِعِ قَبْلَ الْإِبَارِ وَبَعْدَهُ، وَلَمْ يُجْعَلِ الْمَفْهُومُ هَاهُنَا مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ، بَلْ مِنْ بَابِ مَفْهُومِ الْأَحْرَى [ب/ ٣٢٨ظ] وَالْأَوْلَى، قَالُوا: وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا وَجَبَتْ لِلْبَائِعِ بَعْدَ الْإِبَارِ؛ فَهِيَ أَحْرَى أَنْ تَجِبَ لَهُ قَبْلَ الْإِبَارِ.

وَشَبَّهُوا خُرُوجَ الثَّمَرِ بِالْوِلَادَةِ، فقالوا: وَكَمَا أَنَّ مَنْ بَاعَ أَمَةً لَهَا وَلَدٌ فَوَلَدُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ كَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي الثَّمَر.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى(٤): سَوَاءٌ أَبَّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبِّرْ إِذَا بِيعَ الْأَصْلُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي

---

(١) في (م): «ابتاع».

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، (٢٧١٦)، ومسلم (١٥٤٣).

(٣) «المبسوط» (٣٠/ ١٣١)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٤).

(٤) «المبسوط» (٣٠/ ١٣١)، «الاستذكار» (٦/ ٣٠٨).

اشْتَرَطَهَا أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهَا، فَرَدَّ الْحَدِيثَ بِالْقِيَاسِ؛ لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّ الثَّمَرَ جُزْءٌ مِنَ الْمَبِيعِ، وَلَا مَعْنَى لِهَذَا الْقَوْلِ إِلَّا إِنْ كَانَ لَمْ يَثْبُتْ عِنْدَهُ الْحَدِيثُ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَلَمْ يَرُدَّ الْحَدِيثَ، وَإِنَّمَا خَالَفَ مَفْهُومَ الدَّلِيلِ فِيهِ.

فإذن سَبَبُ الْخِلَافِ - فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ[1] وَالشَّافِعِيِّ[2]. وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِمْ - مُعَارَضَةُ دَلِيلِ الْخِطَابِ لِدَلِيلِ مَفْهُومِ الْأَحْرَى وَالْأَوْلَى، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى فَحْوَى[3] الْخِطَابِ، لَكِنَّهُ هَاهُنَا ضَعِيفٌ، وَإِنْ كَانَ فِي الْأَصْلِ أَقْوَى مِنْ دَلِيلِ الْخِطَابِ.

وَأَمَّا سَبَبُ مُخَالَفَةِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى لهم: فَمُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلسَّمَاعِ، (وَهُوَ كَمَا قُلْنَا ضَعِيفٌ)[4].

وَالْإِبَارُ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ:

أَنْ يَجْعَلَ طَلْعَ ذُكُورِ النَّخْلِ فِي طَلْعِ إِنَاثِهَا، وَفِي سَائِرِ الشَّجَرِ أَنْ يُنَوِّرَ وَينعقدَ، وَالتَّذْكِيرُ فِي شَجَرِ التِّينِ الَّتِي تُذَكَّرُ فِي [(الْمَذْهَبِ فِي)[5] مَعْنَى الْإِبَارِ.

٢١٠٦ وَإِبَارُ الزَّرْعِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ][6] فِي الْمَذْهَبِ:

فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ: أَنَّ إِبَارَهُ أَنْ يُفْرَكَ[7] قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الثَّمَرِ[8].

وَهَلِ الْمُوجِبُ لِهَذَا الْحُكْمِ هُوَ الْإِبَارُ أَوْ وَقْتُ الْإِبَارِ؟

قِيلَ: الْوَقْتُ.

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧١، ١٧٢)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠٤، ١٠٥).

(٢) «التنبيه» (ص٩٢)، «المهذب» (١/ ٢٧٩، ٢٨٠)، «الوسيط» (٣/ ١٧٨)، «روضة الطالبين» (٣/ ٥٥٠)، «تحفة المحتاج» (٤/ ٤٥٥، ٤٥٦)، «نهاية المحتاج» (٤/ ١٤٠، ١٤١).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٥) من (ب).

(٦) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).

(٧) مكانها بياض في (م).

(٨) «الشرح الصغير» (٣/ ٢٢٨)، «الخرشي» (٥/ ١٨١)، «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧١، ١٧٢)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠٤، ١٠٥).

وَقِيلَ: الْإِبَارُ.

وَعَلَى هَذَا: يَنْبَنِي الِاخْتِلَافُ إِذَا أُبِّرَ بَعْضُ النَّخلِ، وَلَمْ يُؤَبَّرِ الْبَعْضُ، هَلْ يَتْبَعُ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ مَا أُبِّرَ أَوْ لَا يَتْبَعُهُ؟

٢١٠٧ **وَاتَّفَقُوا** - فِيمَا أَحْسَبُهُ - عَلَى أَنَّهُ إِذَا بِيعَ ثَمَرٌ وَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ الْإِبَارِ فَلَمْ يُؤَبَّرْ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمُؤَبَّرِ(١).

٢١٠٨ **الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:**

وَهِيَ اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِ(٢) مَالِ الْعَبْدِ، فِي الْبَيْعِ لِلْعَبْدِ.

---

(١) وحكى الإجماعَ: ابن عبد البر في «التمهيد» (١٣/ ٢٩١)، «الاستذكار» (٦/ ٣٠٠ - ٣٠١)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ١٣٠)، وابن القطان في «الإقناع» (٤/ ١٧٤٠)، والقرافي في «الذخيرة» (٥/ ١٥٧).
وقال الحنفية، والأوزاعي: إن الحكم معلق بوجود الثمرة، لا فرق بين المؤبرة وغيرها، وما تشقق طلعه وما لم يتشقق، فهي للبائع إلا إذا اشترطها المبتاع.
«بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٤)، «الهداية مع فتح القدير» (٦/ ٢٨٣)، «البحر الرائق» (٥/ ٣٢٢)، «فتح الباري» (٤/ ٤٠٢).
واستدلوا بـ: حديث: «من اشترى أرضًا فيها نخل، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع».
• وجه الدلالة: أن النبي ﷺ علَّق الأمر بوجود الثمرة، لا بظهورها أو تلقيحها.
«فتح القدير» (٦/ ٢٨٤).
القول الثاني: أن الحكم معلَّق بذات التأبير، وليس في تشقق الطلع فقط. قال به الحنابلة في رواية عنهم اختارها ابن تيمية.
«الإرشاد إلى سبيل الرشاد» (ص٢٠٢)، «شرح الزركشي» (٢/ ٣٩)، «الإنصاف» (٥/ ٦٠).
واستدل هؤلاء: بحديث ابن عمر السابق، وقالوا: بأن لفظ الحديث صريح، وهو أنه قد علَّق الأمر بالتأبير الذي هو التلقيح، وهو يُشعر بفعل خارج عن النخل يكون من الآدمي، وليس فيه إشارة للتشقق، ولا وقت التأبير.
«اختيارات ابن تيمية الفقهية» (ص٦٩٩).
وقد عدَّ الزركشي في «شرح مختصر الخرقي» (٢/ ٣٩) أنَّ حكاية الإجماع من ابن قدامة مبالغة منه؛ لوجود المخالفة الظاهرة في المذهب.
«موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٢/ ٥٥٠).

(٢) ليست في (م).

وَذَلِكَ أَنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي مَالِ الْعَبْدِ: هَلْ يَتْبَعُهُ فِي الْبَيْعِ[١] وَالْعِتْقِ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ مَالَهُ [أ/٣٧٢و] فِي الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ لِسَيِّدِهِ، وَكَذَلِكَ فِي الْمُكَاتَبَةِ[٢]، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَالْكُوفِيُّونَ[٤].

وَالثَّانِي: أَنَّ مَالَهُ تَبَعٌ لَهُ فِي الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ، وَهُوَ قَوْلُ دَاوُدَ[٥]، وَأَبِي ثَوْرٍ[٦].

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ فِي الْعِتْقِ ولا يتبعه فِي الْبَيْعِ - إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُشْتَرِي، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٧]، وَاللَّيْثُ[٨].

فَحُجَّةُ مَنْ رَأَى أَنَّ مَالَهُ فِي الْبَيْعِ لِسَيِّدِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ:

حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الْمَشْهُورُ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: **«مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»**[٩].

وَمَنْ جَعَلَهُ لِسَيِّدِهِ فِي الْعِتْقِ؛ فَقِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ.

وَحُجَّةُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ تَبَعٌ لِلْعَبْدِ فِي كُلِّ حَالٍ، اِنْبَنَتْ[١٠] عَلَى كَونِ الْعَبْدِ مَالِكًا عِنْدَهُمْ.

---

(١) في (ب): «المبيع». (٢) في (م): «الكتابة».

(٣) «مختصر المزني» (٨/ ١٨١)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٠)، «حاشية العبادي على الغرر البهية» (٣/ ٤٤)، «حاشية البجيرمي على المنهج» (٢/ ٣٢٤).

(٤) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٧)، «فتح القدير» (٦/ ٢٨٢)، «البحر الرائق» (٥/ ٣١٨)، «رد المحتار» (٤/ ٥٥٠).

وهو مذهب الحنابلة: «المقنع» (٢/ ٨٥)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٧ - ٢٨٨).

(٥) «المحلى» (٧/ ٣٣٤). (٦) «التمهيد» (١٣/ ٢٩٤).

(٧) «الذخيرة» (٥/ ١٥٨)، «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٠٦)، «الخرشي» (٥/ ١٨١)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠٥)، «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧١).

(٨) «التمهيد» (١٣/ ٢٩٤). (٩) أخرجه مسلم (١٦١٤).

(١٠) كذا في (م)، وفي (أ): «أسسه»، وفي (ب): «قاسه»، وأشار أنه الظاهر.

وَهِي مَسْأَلَةٌ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا اخْتِلَافًا كَثِيرًا:

أَعْنِي: هَلْ يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَو لَا يَمْلِكُ؟

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَؤُلَاءِ إِنَّمَا غَلَّبُوا الْقِيَاسَ عَلَى السَّمَاعِ؛ لِأَنَّ حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ هُوَ حَدِيثٌ خَالَفَ فِيهِ نَافِعٌ سَالِمًا.

لِأَنَّ نَافِعًا رَوَاهُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ.

(وَسَالِمٌ رَوَاهُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ)[1].

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَغَلَّبَ الْقِيَاسَ فِي الْعِتْقِ وَالسَّمَاعَ فِي الْبَيْعِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي «مُوَطَّئِهِ»[2]: الْأَمْرُ الْمُجْمَعُ[3] عَلَيْهِ عِنْدَنَا: أَنَّ الْمُبْتَاعَ إِذَا اشْتَرَطَ مَالَ الْعَبْدِ فَهُوَ لَهُ، نَقْدًا كَانَ، أَوْ عَرَضًا[4]، أَوْ دَيْنًا.

وَقَدْ رُوِيَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: **«مَنْ أَعْتَقَ غُلَامًا فَمَالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ سَيِّدُهُ»**[5].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).
(٢) «الموطأ» (٢/ ٦٠).
(٣) في (م): «المجتمع».
(٤) في (م): «قرضًا».
(٥) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، والنسائي في «الكبرى» (٤٩٨١)، من طريق عبد الله بن وهب، عن الليث بن سعد وعبد الله بن لهيعة، عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن بكير بن عبد الله بن الأشج، عن نافع، عن ابن عمر ـ مرفوعًا: **«من أعتق عبدًا وله مال، فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد»**.
وروراه حرملة بن يحيى المصري، عن ابن وهب، عن ابن لهيعة وحده.
أخرج روايته: ابن ماجه (٢٥٢٩).
واختلف فيه على ابن لهيعة، فرواه عمرو بن خالد الحراني، عن ابن لهيعة، عن بكير بن الأشج، عن نافع، عن ابن عمر؛ ولم يذكر عُبَيد الله بن أبي جعفر.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٤).
ورواية ابن وهب أصح.
قال الإمام محمد بن يحيى الذهلي، كما في «معرفة السُّنن والآثار» (٥/ ٧١): «ابن وهب قديم السماع من ابن لهيعة، ومن سمع منه في القديم فهو أولى، لأنه خلط بأخرة».
=

٢١٠٩ وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[١] أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ وَمَالَهُ بِدَرَاهِمَ، وَإِنْ كَانَ مَالُ الْعَبْدِ دَرَاهِمَ [م/ ٢٠٥ظ] أَوْ فِيهِ دَرَاهِمُ.

وَخَالَفَهُ الشَّافِعِيُّ[٢] وأَبُو حَنِيفَةَ[٣]، إِذَا كَانَ مَالُ الْعَبْدِ نَقْدًا، وَقَالُوا: الْعَبْدُ وَمَالُهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ بَاعَ شَيْئَيْنِ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا إِلَّا مَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الْبُيُوعِ.

٢١١٠ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[٤]، فِي اشْتِرَاطِ الْمُشْتَرِي لِبَعْضِ مَالِ الْعَبْدِ فِي صَفْقَةِ الْبَيْعِ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥]: لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٦]: جَائِزٌ أَنْ يَشْتَرِطَ بَعْضَهُ.

وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ فَقَالَ[٧]: إِنْ كَانَ مَا اشْتَرَى بِهِ الْعَبْدَ عَيْنًا وَفِي مَالِ الْعَبْدِ عَيْنٌ[٨] لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ دَرَاهِمُ [ب/ ٣٢٩و] بِعَرَضٍ وَدَرَاهِمَ.

وَإِنْ كَانَ مَا اشْتَرَى بِهِ عُرُوضًا أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي مَالِ الْعَبْدِ دَرَاهِمُ جَازَ.

وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ بَعْضَهُ: تَشْبِيهُهُ بِثَمَرِ النَّخْلِ بعد الْإِبَارِ.

وَوَجْهُ [أ/ ٣٧٢ظ] قَوْلِ أَشْهَبَ تَشْبِيهُ الْجُزْءِ بِالْكُلِّ.

= وقال البيهقي: «ورواه ابن وهب عن ابن لهيعة والليث؛ وقال في لفظه: «من أعتق عبدًا وله مال فمال العبد له إلا أن يشترط السيد»، وهذا بخلاف رواية الجماعة عن نافع.

ثم أخرجه من طريق يحيى بن سعيد وعبد ربه بن سعيد وسليمان بن موسى كلهم، عن نافع، عن ابن عمر بلفظ: «إلا أن يشترط المبتاع».

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٦).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٠).
(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٨)، «البحر الرائق» (٥/ ٣٢٠).
وهو مذهب الحنابلة: «المقنع» (٢/ ٨٥)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٧ _ ٢٨٨).
(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٦).
(٥) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٦).
(٦) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٦).
(٧) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٦).
(٨) ليست في (ب)، وفي (أ): «دراهم».

وَفِي هَذَا الْبَابِ مَسَائِلُ مَسْكُوتٌ عَنْهَا كَثِيرَةٌ لَيْسَتْ مِمَّا قَصَدْنَاهُ.

٢١١١ وَمِنْ مَشْهُورِ مَسَائِلِهِمْ فِي هَذَا الْبَابِ: الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ اللَّذَانِ يَقَعَانِ فِي الثَّمَنِ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بعد البيع مِمَا يَرْضَاهُ الْمُتَبَايِعَانِ ـ أَعْنِي: أَنْ يَزِيدَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بَعْدَ الْبَيْعِ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ أَوْ يَحُطَّ مِنْهُ الْبَائِعُ، هَلْ يَتْبَعُ حُكْمَ الثَّمَنِ أَمْ لَا؟

وَفَائِدَةُ الْفَرْقِ: أَنَّ مَنْ قَالَ هِيَ مِنَ الثَّمَنِ أَوْجَبَ رَدَّهَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَفِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَأَيْضًا ـ مَنْ جَعَلَهَا فِي حُكْمِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَسَدَ الْبَيْعُ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهَا مِنَ الثَّمَنِ ـ أَعْنِي: الزِّيَادَةَ لَمْ يُوجِبْ شَيْئًا مِنْ هَذَا:

فَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ[1] إِلَى أَنَّهَا مِنَ الثَّمَنِ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَا تَثْبُتُ الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَلَا فِي حَقِّ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ، بَلِ الْحُكْمُ لِلثَّمَنِ الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[2].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[3]: لَا تَلْحَقُ الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ بِالثَّمَنِ أَصْلًا، وَهُوَ فِي حُكْمِ الْهِبَةِ، وَاسْتَدَلَّ مَنْ أَلْحَقَ الزِّيَادَةَ بِالثَّمَنِ بِقَوْلِهِ ﷻ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤].

قَالُوا: وَإِذَا لَحِقَتِ[4] الزِّيَادَةُ فِي الصَّدَاقِ بِالصَّدَاقِ[5] لَحِقَتْ فِي الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ.

وَاحْتَجَّ **الْفَرِيقُ الثَّانِي**: بِاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهَا لَا تَلْحَقُ فِي الشُّفْعَةِ.

وَبِالْجُمْلَةِ: مَنْ رَأَى أَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ قَدْ تَقَرَّرَ قَالَ: الزِّيَادَةُ هِبَةٌ.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥٨) وفيه: «وأما الزيادة في المسلم فيه: فلا تجوز في الإجماع».

(٢) «الذخيرة» (٧/ ٣٥١)، «جامع الأمهات» (ص٤١٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٩٥).

(٣) «روضة الطالبين» (٣/ ٥٣٢). (٤) في (أ): «ألحقت».

(٥) من (م).

وَمَنْ رَأَى أَنَّهَا فَسْخٌ لِلْعَقْدِ الْأَوَّلِ وَعَقْدٌ ثَانٍ: عَدَّهَا مِنَ الثَّمَنِ.

الْجُمْلَةُ الرَّابِعَةُ:

٢١١٢ وَإِذَا اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ عَلَى الْبَيْعِ وَاخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَلَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ بَيِّنَةٌ[(١)]: فَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ **مُتَّفِقُونَ** عَلَى أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ بِالْجُمْلَةِ[(٢)(٣)].

---

(١) مكانها بياض فِي (م). (٢) في (أ): «فهم متفقون فِي الجملة».

(٣) وحكى الإجماعَ: ابن هبيرة فِي «الإفصاح» (١/ ٢٩٤)، والأسيوطي فِي «جواهر العقود» (١/ ٦٢).

واختلف العلماء في هذه المسألة على عدة أقوال، هي:

القول الأول: أن القول قول البائع:

قال به ابن مسعود:

أخرجه: عبد الرزاق (٨/ ٢٧١)، ومن طريقه: ابن حزم في «المحلى» (٧/ ٢٥٦).

والشعبي:

أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٠٠)، وابن سريج من الشافعية «جواهر العقود» (١/ ٦٢)، ورواية عن الإمام أحمد، مال إليها الزركشي من الحنابلة.

وزاد أبو داود فيها: «أو يترادَّان». «مسائل الإمام أحمد رواية الكوسج» (٣/ ٩٦)، «شرح الزركشي» (٢/ ٧٨ ـ ٧٩).

وهذه الرواية عند الحنابلة نصُّوا فيها، على أن القول قوله مع يمينه، نسب ابن حزم القول إلى الإمام أحمد أنَّ القول قول البائع من دون يمينه.

وهذا خلافُ ما هو منصوص عليه في كتب المذهب. «المحلى» (٧/ ٢٥٦).

واستدل هؤلاء بعدة أدلة:

منها: **الأول**: ما جاء عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، وليس بينهما بيِّنة، فالقول ما يقول رب السلعة، أو يترادَّان**».

• وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الأمر عند النزاع إلى صاحب السلعة وهو البائع.

الثاني: أن السلعة كانت للبائع، والمشتري يدعي نقلها بعوض، والبائع ينكره إلا بالعوض الذي عيَّنه، فالقول قول المنكر.

«شرح الزركشي» (٢/ ٧٩).

أما دليل اليمين: فلأنَّ من القواعد المقررة شرعًا، أنَّ من كان القول قوله، فعليه اليمين.

=

= «سبل السلام» (٢/ ٦).

القول الثاني: أن القول قول المشتري. قال به: أبو ثور وداود الظاهري، وهو روايةٌ عند الحنابلة.

«التمهيد» (٢٤/ ٢٩٥)، «الاستذكار» (٦/ ٤٨٢)، «المحلى» (٧/ ٢٥٧)، «المبدع» (٤/ ١١٠)، «الإنصاف» (٤/ ٤٤٦).

واستدل هؤلاء بدليل عقلي، وهو:

أنهما متفقان على حصول الملك للمشتري، لكن البائع يدَّعي عليه عوضًا، والمشتري ينكر بعضه، فيكون القول قول المنكر، وهو المشتري.

«الاستذكار» (٦/ ٤٨٢)، «المبدع» (٤/ ١١٠).

القول الثالث: إن كان الاختلاف في الثمن قبل القبض تحالفا، وإن كان بعده فالقول قول المشتري. وهذا رواية عن الإمام مالك «التمهيد» (٢٤/ ٢٩٤)، «تبصرة الحكام» (١/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥)، ورواية عند الحنابلة أيضًا.

«شرح الزركشي» (٢/ ٧٩)، «الإنصاف» (٤/ ٤٤٦).

وهؤلاء يستدلون بما كان قبل القبض: بالأدلة التي في مستند الإجماع. وأما ما كان بعد القبض: فيستدلون بدليل القول الثاني.

شرح الزركشي» (٢/ ٧٩).

القول الرابع: إن كانت السلعة المَبيعة معروفة للبائع ببيِّنة، أو بعلم الحاكم ـ لا فرق في هذا بين أن يكون الثمن أو السلعة في يد البائع أو المشتري ـ أو كانت غير معروفة إلا أنها في يده، والثمن عند المشتري، فإنَّ القول في كل هذا قول مُبْطِلُ البيع منهما ـ كائنًا من كان ـ مع يمينه؛ لأنه مُدَّعى عليه عقد بيع لا يُقرُّ به، ولا بينة عليه به، فليس عليه إلا اليمين بحكم رسول الله ﷺ باليمين على المدعى عليه.

وإن كانت السلعة في يد المشتري، وهي غير معروفة للبائع، وكان الثمن عند البائع بعد، فالقول قول مُصَحح البيع منهما ـ كائنًا من كان ـ مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه نقل شيء عن يده، ومن كان في يده شيء فهو في الحكم له، فليس عليه إلا اليمين.

وإن كانت السلعة والثمن معًا في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه.

وإن كانت السلعة بيد البائع والثمن بيد المشتري، فهنا كل واحد منهما مدعى عليه، فيحلف البائع بالله ما بعتها منه كما يذكر ولا بما يذكر، ويحلف المشتري بالله ما باعها مني بما يذكر ولا كما يذكر، ويبرأ كل واحد منهما من طلب الآخر، ويبطل البيع. =

٢١١٣ وَمُخْتَلِفُونَ فِي التَّفْصِيلِ - أَعْنِي: فِي الْوَقْتِ الَّذِي يُحْكَمُ فِيهِ بِالْأَيْمَانِ وَالتَّفَاسُخِ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَجَمَاعَةٌ: إِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ مَا لَمْ تَفُتْ عَيْنُ السِّلْعَةِ، فَإِنْ فَاتَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢)، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ - صَاحِبُ أَبِي حَنِيفَةَ(٣)، وَأَشْهَبُ صَاحِبُ مَالِكٍ(٤): يَتَحَالَفَانِ فِي كُلِّ وَقْتٍ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٥) (فَعَنْهُ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا)(٦): أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ، وَيَتَفَاسَخَانِ(٧) قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ، والْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ، [أ/٣٧٣و] **وَالثَّالِثَةُ**(٨) رِوَايَةُ أَشْهَبَ، وَالْفَوْتُ عِنْدَهُ يَكُونُ بِتَغَيُّرِ(٩) الْأَسْوَاقِ، وَبِزِيَادَةِ الْمَبِيعِ، وَنُقْصَانِهِ.

وَقَالَ دَاوُدُ(١٠)، وَأَبُو ثَوْرٍ(١١): الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عَلَى كُلِّ حَالٍ.

وَكَذَلِكَ قَالَ زُفَرُ(١٢)، إِلَّا أَنْ يَكُونَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ التَّفَاسُخُ عِنْدَهُمْ وَالتَّحَالُفُ.

= وهذا التفصيل اختاره ابن حزم، ونقله عن إياس بن معاوية.
«المحلى» (٧/ ٢٥٥، ٢٥٩). «موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٢/ ٥٠٠ - ٥٠٢).

(١) «المبسوط» (١٥/ ٩٣).

(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٥٨١)، «مغني المحتاج» (٢/ ٩٥).

(٣) «المبسوط» (١٥/ ٩٣).

(٤) «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٤١).

(٥) «الخرشي» (٥/ ١٣٩)، «الذخيرة» (٥/ ٣٢٧).

(٦) مكانها بياض في (م).

(٧) ليست في (م).

(٨) في (م): «والثانية».

(٩) في (أ): «بتغيير».

(١٠) «المحلى» (٧/ ٢٥٩).

(١١) «المحلى» (٧/ ٢٥٩).

(١٢) «المبسوط» (١٥/ ٩٣).

٢١١٤ **وَلَا خِلَافَ** أَنَّهُمْ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ أَوِ الْمَثْمُونِ أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ التَّحَالُفُ، وَالتَّفَاسُخُ.

وَإِنَّمَا صَارَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ إِلَى الْقَوْلِ عَلَى (الْجُمْلَةِ بِالتَّحَالُفِ)(١)، وَالتَّفَاسُخِ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ فِي عَدَدِ الثَّمَنِ، لِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ**(٢) **تبَايَعَا، فَالقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ**»(٣).

فَمَنْ حَمَلَ هَذَا الْحَدِيثَ عَلَى وُجُوبِ التَّفَاسُخِ، وَعَمَّمَهُ قَالَ: يَتَحَالَفَانِ (فِي كُلِّ حَالٍ)(٤) وَيَتَفَاسَخَانِ.

وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ مُدَّعًى عَلَيْهِ.

وَأَمَّا مَنْ رَأَى أَنَّ الْحَدِيثَ إِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْحَالَةِ [م/٢٠٦و] الَّتِي يَجِبُ أَنْ يَتَسَاوَى فِيهَا دَعْوَى الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي قَالَ: إِذَا قَبَضَ السِّلْعَةَ، أَوْ إِن(٥) فَاتَتْ فَقَدْ صَارَ الْقَبْضُ شَاهِدًا لِلْمُشْتَرِي، وَشُبْهَةً لِصِدْقِهِ، وَالْيَمِينُ إِنَّمَا يَجِبُ(٦) عَلَى أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَيْنِ شُبْهَةً، وَهَذَا هُوَ أَصْلُ مَالِكٍ فِي الْأَيْمَانِ؛ وَلِذَلِكَ يُوجِبُ فِي مَوَاضِعَ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، (وَفِي مَوَاضِعَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَمْ يَجِبِ الْيَمِينُ بِالنَّصِّ [ب/٣٢٩ظ] عَلَى الْمُدَّعَى)(٧) عَلَيْهِ عِنْدَهُ مِنْ حَيْثُ هُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ فِي الْأَكْثَرِ أَقْوَى شُبْهَةً، (فَإِذَا كَانَ)(٨) الْمُدَّعِي فِي مَوَاطِنَ(٩) أَقْوَى شُبْهَةً وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْيَمِينُ فِي حَيِّزِهِ(١٠).

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «متبايعان».
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) من (م).
(٥) ليست في (م).
(٦) في (أ): «تجب».
(٧) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٨) مكانها بياض في (م).
(٩) مكانها بياض في (م).
(١٠) مكانها بياض في (م).

وَأَمَّا مَنْ رَأَى الْقَوْلَ قَوْلَ الْمُشْتَرِي، فَإِنَّهُ رَأَى أَنَّ الْبَائِعَ مُقِرٌّ لِلْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ، وَمُدَّعٍ عَلَيْهِ عَدَدًا مَا فِي الثَّمَنِ.

وَأَمَّا دَاوُدُ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ: فَرَدُّوا حَدِيثَ ابْنِ مَسْعُودٍ؛ (لِأَنَّهُ مُنْقَطِعٌ)[1]؛ وَلِذَلِكَ لَمْ يُخَرِّجْهُ الْبُخَارِيُّ وَلا مُسْلِمٌ، وَإِنَّمَا خَرَّجَهُ مَالِكٌ[2].

٢١١٥ وَعَنْ مَالِكٍ[3]: إِذَا نَكَلَ الْمُتَبَايِعَانِ عَنِ الْأَيْمَانِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْفَسْخُ.

وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ.

٢١١٦ وَكَذَلِكَ مَنْ يَبْدَأُ بِالْيَمِينِ؟

فِي الْمَذْهَبِ: فِيهِ[4] خِلَافٌ[5]، فَالْأَشْهَرُ الْبَائِعُ عَلَى مَا فِي الْحَدِيثِ.

وَهَلْ إِذَا وَقَعَ التَّفَاسُخُ يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَخْتَارَ قَوْلَ صَاحِبِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ فِي الْمَذْهَبِ.

الْقِسْمُ[6] الرَّابِعُ مِنَ النَّظَرِ الْمُشْتَرَكِ فِي الْبُيُوعِ - وَهُوَ النَّظَرُ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا وَقَعَ:

فَنَقُولُ:

٢١١٧ **اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الْبُيُوعَ [أ/ ٣٧٣ظ] الْفَاسِدَةَ إِذَا وَقَعَتْ وَلَمْ تَفُتْ بِإِحْدَاثِ عَقْدٍ فِيهَا أَوْ نَمَاءٍ، أَوْ نُقْصَانٍ، أَوْ حَوَالَةِ سُوقٍ أَنَّ حُكْمَهَا الرَّدُّ - أَعْنِي: أَنْ يَرُدَّ الْبَائِعُ الثَّمَنَ، وَالْمُشْتَرِي الْمَثْمُونَ[7].

---

(١) ليست في (م).

(٢) «موطأ مالك» (٢/ ٦٧١).

(٣) «المختصر الفقهي»، لابن عرفة (٧/ ٩٦).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ففيه».

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٨٠)، «منح الجليل» (٧/ ٢٤٤)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٩٦)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٨١).

(٦) في (م): «القول».

(٧) وحكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٤)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» =

٢١١٨ وَاخْتَلَفُوا:

إِذَا قُبِضَتْ وَتُصُرِّفَ فِيهَا بِعِتْقٍ أَو بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ رَهْنٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ:

هَلْ ذَلِكَ فَوْتٌ يُوجِبُ الْقِيمَةَ، وكَذَلِكَ إِذَا نَمَتْ أَوْ نَقَصَتْ؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيسَ ذَلِكَ لَهُ(١) كُلُّهُ فَوْتًا، وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، والْوَاجِب الرَّدُّ.

وَقَالَ مَالِكٌ: كُلُّ ذَلِكَ فَوْتٌ يُوجِبُ الْقِيمَةَ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي الرِّبَا أَنَّهُ لَيْسَ بِفَوْتٍ، وَمِثْلُ ذَلِكَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

٢١١٩ وَالْبُيُوعُ الْفَاسِدَةُ عِنْدَ مَالِكٍ(٢) تَنْقَسِمُ إِلَى مُحَرَّمَةٍ، وَإِلَى مَكْرُوهَةٍ:

فَأَمَّا الْمُحَرَّمَةُ: فَإِنَّهَا إِذَا فَاتَتْ مَضَتْ بِالْقِيمَةِ.

وَأَمَّا الْمَكْرُوهَةُ: فَإِنَّهَا إِذَا فَاتَتْ صَحَّتْ عِنْدَهُ.

وَرُبَّمَا صَحَّ عِنْدَهُ بَعْضُ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ بِالْقَبْضِ، لِخِفَّةِ الْكَرَاهَةِ عِنْدَ(٣) ذَلِكَ.

فَالشَّافِعِيَّةُ(٤) تُشَبِّهُ الْبيعَ(٥) الْفَاسِدَ لِمَكَانِ الرِّبَا، وَالْغَرَرَ بِالْفَاسِدِ لِمَكَانِ تَحْرِيمِ عَيْنِهِ؛ كَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، فَلَيْسَ عِنْدَها(٦) فِيهِ فَوْتٌ.

وَمَالِكٌ(٧) يَرَى أَنَّ النَّهْيَ فِي هَذِهِ إِنَّمَا هُوَ لِمَكَانِ عَدَمِ الْعَدْلِ ـ أَعْنِي: بُيُوعَ

= (ص١٥٢)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٣٧٣).

(١) ليست في (م).

(٢) «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٢٨)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٨٦)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٦٢).

(٣) في (م): «عنده في».

(٤) «مغني المحتاج» (٢/ ١٢)، «نهاية المحتاج» (٣/ ٤٠٥).

(٥) في (م): «المبيع».

(٦) في (م): «عنده».

(٧) «التاج والإكليل» (٥/ ٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٦٣).

الرِّبَا وَالْغَرَرِ، فَإِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ فَالْعَدْلُ فِيهَا هُوَ الرُّجُوعُ بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يقبض السِّلْعَةَ وَهِيَ تُسَاوِي أَلْف درهم، وَتُرَدُّ وَهِيَ تُسَاوِي خَمْسَ مِئَةٍ، (أَوْ بِالْعَكْسِ)(١).

وَلِذَلِكَ يَرَى مَالِكٌ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ فَوْتًا فِي الْمَبِيعِ(٢) الْفَاسِدِ.

وَمَالِكٌ(٣) يَرَى فِي الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ أَنَّهُ إِذَا فَاتَ وَكَانَ الْبَائِعُ هُوَ الْمُسْلِفَ رَدَّ الْمُشْتَرِي (الْقِيمَةَ مَا لَمْ تَكُنْ أَزْيَدَ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ رَفَعَ لَهُ فِي الثَّمَنِ لِمَكَانِ السَّلَفِ، فَلَيْسَ مِنَ الْعَدْلِ أَنْ يَرُدَّ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي)(٤) هُوَ الَّذِي أَسْلَفَ الْبَائِعَ (فَقَدْ حَطَّ الْبَائِعُ)(٥) عَنْهُ مِنَ الثَّمَنِ لِمَكَانِ السَّلَفِ، فَإِذَا وَجَبَتْ عَلَى الْمُشْتَرِي الْقِيمَةُ رَدَّهَا مَا لَمْ تَكُنْ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْبُيُوعَ إِنَّمَا وَقَعَ الْمَنْعُ فِيهَا لِمَكَانِ مَا جُعِلَ فِيهَا مِنَ الْعِوَضِ مُقَابِلَ السَّلَفِ الَّذِي هُوَ مَوْضُوعٌ لِعَوْنِ(٦) النَّاسِ بَعْضِهِمْ بعضًا، وَمَالِكٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَفْقَهُ مِنَ الْجَمِيعِ.

٢١٢٠ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا تَرَكَ الشَّرْطَ قَبْلَ الْقَبْضِ - أَعْنِي: شَرْطَ السَّلَفِ: هَلْ يَصِحُّ الْبَيْعُ أَمْ لَا؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧)، وَالشَّافِعِيُّ(٨)، وَسَائِرُ الْعُلَمَاءِ: الْبَيْعُ مَفْسُوخٌ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٩)، [أ/ ٣٧٤و] وَأَصْحَابُهُ إِلَّا ابْنَ عَبْدِ الْحَكَمِ، (قَالَ: الْبَيْعُ غَيْرُ مَفْسُوخٍ)(١٠).

---

(١) من (م).
(٢) في (أ): «البيع».
(٣) «الخرشي» (٥/ ٨٢)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٦٧).
(٤) ما بين القوسين ليس في (م).
(٥) مكانها بياض في (م).
(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لغرر».
(٧) «المبسوط» (١٢/ ٦٤)، «البحر الرائق» (٦/ ٩٣)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٢٨)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٣١).
(٨) «الوسيط» (٣/ ٧٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٨).
(٩) «الكافي» (ص٣٠٦)، «القوانين الفقهية» (ص١٧٢)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٢).
(١٠) ما بين القوسين ليس في (م).

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ النَّهْيَ يَتَضَمَّنُ فَسَادَ الْمَنْهِيِّ عنه(١)، فَإِذَا انْعَقَدَ الْبَيْعُ فَاسِدًا [ب/ ٣٣٠و] لَمْ يُصَحِّحْهُ بَعْدُ رَفْعُ الشَّرْطِ الَّذِي وَقَعَ مِنْ قِبَلِهِ الْفَسَادُ، كَمَا أَنَّ رَفْعَ السَّبَبِ الْمُفْسِدِ فِي الْمَحْسُوسَاتِ بَعْدَ فَسَادِ الشَّيْءِ لَيْسَ يَقْتَضِي عَوْدَةَ الشَّيْءِ إِلَى [م/ ٢٠٦ظ] مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْفَسَادِ مِنَ الْوُجُوه(٢).

وَرُوِيَ: أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ أَحْمَدَ بْنِ سَهْلٍ الْبَرْمَكِيَّ(٣) سَأَلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنَ إِسْحَاقَ الْمَالِكِيَّ، فَقَالَ لَهُ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ السَّلَفِ وَالْبَيْعِ، وَبَيْنَ رَجُلٍ بَاعَ غُلَامًا بِمِئَةِ دِينَارٍ وَزِقِّ خَمْرٍ، فَلَمَّا انْعَقَدَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا قَالَ: أَنَا أَدَعُ الزِّقَّ، **وَهَذَا الْبَيْعُ مَفْسُوخٌ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ بِإِجْمَاعٍ**، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَيْعُ السَّلَفِ كَذَلِكَ؟

فَجَاوَبَ عَنْ ذَلِكَ بِجَوَابٍ(٤) لَا تَقُومُ بِهِ(٥) حُجَّةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ.

وَإِذْ قَدِ انْقَضَى الْقَوْلُ فِي أُصُولِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ وَأُصُولِ الْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ، وَفِي أُصُولِ أَحْكَامِ الْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ، وَأُصُولِ أَحْكَامِ الْفَاسِدَةِ الْمُشْتَرَكَةِ الْعَامَّةِ لِجَمِيعِ الْبُيُوعِ، (أَوْ لِكَثِيرٍ مِنْهَا، فَلْنَصِرْ إِلَى مَا يَخُصُّ وَاحِدًا وَاحِدًا)(٦) مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ الْأَجْنَاسِ، وَذَلِكَ بِأَنْ نَذْكُرَ مِنْهَا مَا يَجْرِي مَجْرَى الْأُصُولِ.

(كَمُلَ كِتَابُ الْبُيُوعِ، بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى)(٧).

---

(١) من (م).
(٢) في (ب): «الوجه».
(٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٤).
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بجوابات».
(٥) في (أ): «بها».
(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٧) من (أ).

كِتَابُ الصَّرْفِ(١)

وَلَمَّا كَانَ يَخُصُّ هَذَا الْبَيْعَ شَرْطَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَدَمُ النَّسِيئَةِ، (وَهُوَ الْفَوْرُ).

وَالْآخَرُ: عَدَمُ التَّفَاضُلِ، وَهُوَ اشْتِرَاطُ الْمِثْلِيَّةِ.

٢١٢١ كَانَ النَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ يَنْحَصِرُ فِي خَمْسَةِ أَجْنَاسٍ:

الْأَوَّلُ: فِي مَعْرِفَةِ مَا هُوَ نَسِيئَةٌ مِمَّا لَيْسَ بِنَسِيئَةٍ.

والثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ مَا هُوَ مُمَاثِلٌ مِمَّا لَيْسَ بِمُمَاثِلٍ؛ إِذْ هَذَانِ المعنيان يَنْقَسِمَانِ لِفُصُولٍ كَثِيرَةٍ فَيَعْرِضُ هُنَالِكَ الْخِلَافُ.

الثَّالِثُ: فِيمَا وَقَعَ أَيْضًا مِنْ هَذَا الْبَيْعِ بِصُورَةٍ يُخْتَلَف فِيهَا، هَلْ هُوَ ذَرِيعَةٌ إِلَى أَحَدِ هَذَيْنِ الأمرين ـ أَعْنِي: الزِّيَادَةَ وَالنَّسِيئَةَ، أَوْ كِلَيْهِمَا ـ عِنْدَ مَنْ قَالَ بِالذَّرَائِعِ، وَهُوَ مَالِكٌ(٢)، وَأَصْحَابُهُ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ أَيْضًا إِلَى نَوْعَيْنِ كَانْقِسَامِ أَصْلِهِ.

الْخَامِسُ(٣): فِي خَصَائِصِ أَحْكَامِ هَذَا الْبَيْعِ مِنْ جِهَةِ مَا يُعْتَبَرُ فِيهِ(٤) هَذَانِ الشَّرْطَانِ أَعْنِي: عَدَمَ النَّسَاءِ وَالتَّفَاضُلِ، أَوْ كِلَيْهِمَا.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ يُخَالِفُ هَذَا الْبَيْعُ الْبُيُوعَ، لِمَكَانِ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ فِيهِ فِي أَحْكَامٍ كَثِيرَةٍ.

---

(١) قبله في (م): «بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ، صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا».

(٢) انظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣٨٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ٣٩٢).

(٣) باعتبار أنَّ النوع الذي قبله قسمان. وفي (م): «الرابع».

(٤) من (م).

وَأَنْتَ إِذَا تَأَمَّلْتَ الْكُتُبَ الْمَوْضُوعَةَ [أ/ ٣٧٤ظ] فِي فُرُوعِ الْكِتَابِ الَّذِي يُسمُّونَهُ[١] بِـ (كِتَابِ الصَّرْفِ) وَجَدْتَهَا كُلَّهَا رَاجِعَةً إِلَى هَذِهِ الْأَجْنَاسِ الْخَمْسَةِ، أَوْ إِلَى مَا تَرَكَّبَ مِنْهَا، مَا عَدَا الْمَسَائِلَ الَّتِي يُدْخِلُونَ فِي الْكِتَابِ الْوَاحِدِ بِعَيْنِهِ مِمَّا لَيْسَ هُوَ مِنْ ذَلِكَ الْكِتَابِ، مِثْلُ إِدْخَالِ الْمالكِيَّةِ فِي (كتاب الصَّرْفِ) مَسَائِلَ كَثِيرَةً هِيَ[٢] مِنْ بَابِ الِاقْتِضَاءِ فِي السَّلَفِ.

لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْفَاسِدُ مِنْهَا يَؤُولُ إِلَى أَحَدِ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ؛ أَعْنِي: إِلَى صَرْفٍ بِنَسِيئَةٍ أَوْ بتفَاضُل - أَدْخَلُوهَا فِي هَذَا الْكِتَابِ مِثْلَ مَسَائِلِهِمْ فِي اقْتِضَاءِ الفائتة وَالْمَجْمُوعَةِ، وانفراد بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ.

لَكِنْ لَمَّا كَانَ قَصْدُنَا إِنَّمَا هُوَ ذِكْرُ الْمَسَائِلِ الَّتِي هِيَ مَنْطُوقٌ بِهَا فِي الشَّرْعِ، أَوْ قَرِيبٌ مِنَ الْمَنْطُوقِ بِهَا؛ رَأَيْنَا أَنْ نَذْكُرَ فِي هَذَا الْبَابِ سَبْعَ مَسَائِلَ مَشْهُورَةٍ تَجْرِي مَجْرَى الْأُصُولِ، لِمَا يَطْرَأُ عَلَى الْمُجْتَهِدِ مِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ، فَإِنَّ هَذَا الْكِتَابَ إِنَّمَا وَضَعْنَاهُ لِيَبْلُغَ بِهِ الْمُجْتَهِدُ فِي هَذِهِ الصِّنَاعَةِ رُتْبَةَ الِاجْتِهَادِ؛ إِذَا حَصَّلَ مَا يَجِبُ أَنْ يُحَصِّلَ قَبْلَهُ مِنَ الْقَدْرِ الْكَافِي لَهُ فِي عِلْمِ النَّحْوِ وَاللُّغَةِ، وَصِنَاعَةِ أُصُولِ الْفِقْهِ.

وَيَكْفِي مِنْ ذَلِكَ مَا هُوَ مُسَاوٍ لِجِرْمِ هَذَا الْكِتَابِ أَوْ أَقَلَّ.

وَبِهَذِهِ الرُّتْبَةِ يُسَمَّى فَقِيهًا، لَا مَن يحفظُ مسائل كثيرة من مَسَائِلِ الْفِقْهِ، وَلَوْ بَلَغَتْ فِي الْعَدَدِ أَقْصَى مَا يُمْكِنُ أَنْ يَحْفَظَهُ إِنْسَانٌ، كَمَا نَجِدُ مُتَفَقِّهَةَ[٣] زَمَانِنَا يَظُنُّونَ أَنَّ الْأَفْقَهَ هُوَ الَّذِي حَفِظَ مَسَائِلَ أَكْثَرَ، وَهَؤُلَاءِ عَرَضَ لَهُمْ [ب/ ٣٣٠ظ] شَبِيهٌ بِمَا يَعْرِضُ لِمَنْ ظَنَّ أَنَّ الْخَفَّافَ هُوَ الَّذِي عِنْدَهُ خِفَافٌ كَثِيرَةٌ، لَا الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى عَمَلِهَا، وَهُوَ بَيِّنٌ أَنَّ الَّذِي عِنْدَهُ خِفَافٌ كَثِيرَةٌ سَيَأْتِيهِ إِنْسَانٌ بِقَدَمٍ، لَا يَجِدُ فِي خِفَافِهِ مَا يَسَعُ قَدَمَهُ، فَيَلْجَأُ إِلَى صَانِعِ الْخِفَافِ، وَهُوَ الَّذِي يَصْنَعُ لِكُلِّ قَدَمٍ خُفًّا يُوَافِقُهُ، فَهَذَا هُوَ مثل أَكْثَرِ الْمُتَفَقِّهَةِ فِي هَذَا الْوَقْتِ.

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يرسمونه».

(٢) من (م). (٣) في (م): «متفقهي».

وَإِذْ قَدْ خَرَجْنَا عَمَّا كُنَّا بِسَبِيلِهِ، فَلْنَرْجِعْ إِلَى حَيْثُ كُنَّا مِنْ ذِكْرِ الْمَسَائِلِ [م/ ٢٠٧و] الَّتِي وَعَدْنَا بِهَا.

٢١٢٣ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى:

أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ[١] عَلَى أَنَّ بَيْعَ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ.

إِلَّا مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[٢]، وَمَنْ تَبِعَهُ مِنَ الْمَكِّيِّينَ، فَإِنَّهُمْ أَجَازُوا بَيْعَهُ مُتَفَاضِلًا، وَمَنَعُوهُ نَسِيئَةً فَقَطْ. [أ/ ٣٧٥و]

وَإِنَّمَا صَارَ ابْنُ عَبَّاسٍ لِذَلِكَ، لِمَا رَوَاهُ عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**»[٣].

وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ، فَأَخَذَ ابْنُ عَبَّاسٍ بِظَاهِرِ هَذَا الْحَدِيثِ، فَلَمْ يَجْعَلِ الرِّبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ: فَصَارُوا إِلَى مَا رَوَاهُ مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَه عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ**»[٤].

وَهُوَ مِنْ أَصَحِّ مَا رُوِيَ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَحَدِيثُ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ حَدِيثٌ صَحِيحٌ أَيْضًا فِي هَذَا الْبَابِ[٥].

فَصَارَ الْجُمْهُورُ إِلَى هَذِهِ الْأَحَادِيثِ؛ إِذْ كَانَتْ نَصًّا فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ:

---

(١) حكى الإجماع على ذلك: القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» (٢/ ٢٢٠).

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٧٦)، «المغني»، لابن قدامة (٦/ ٥٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٩)، ومسلم (١٥٩٦).

(٤) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٥٨٤).

(٥) مسلم (١٥٨٧).

فلَيْسَ بِنَصٍّ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ فِيهِ لَفْظَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَالَ: «**إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ**»[١].

وَهَذَا لَيْسَ يُفْهَمُ مِنْهُ إِجَازَةُ التَّفَاضُلِ إِلَّا مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ.

وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَا سِيَّمَا إِذَا عَارَضَهُ النَّصُّ.

وَأَمَّا اللَّفْظُ الْآخَرُ: وَهُوَ: «**لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**»[٢]، فَهُوَ أَقْوَى مِنْ هَذَا اللَّفْظِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ يَقْتَضِي أَنَّ مَا عَدَا النَّسِيئَةَ فَلَيْسَ بِرِبًا، لَكِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ: «**لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**»، مِنْ جِهَةِ أَنَّه الْوَاقِع فِي الْأَكْثَرِ، وَإِذَا كَانَ هَذَا مُحْتَمَلًا، وَالْأَوَّلُ نَصٌّ وَجَبَ تَأْوِيلُهُ عَلَى الْجِهَةِ الَّتِي يَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا.

٢١٢٣ **وَأَجْمَعَ الْجُمْهُورُ**[٣] عَلَى أَنَّ مَسْكُوكَهُ، وَتِبْرَهُ، وَمَصُوغَهُ سَوَاءٌ فِي مَنْعِ بَيْعِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا؛ لِعُمُومِ الْأَحَادِيثِ الْمُتَقَدِّمَةِ فِي ذَلِكَ.

إِلَّا مُعَاوِيَةَ[٤] فَإِنَّهُ كَانَ يُجِيزُ التَّفَاضُلَ بَيْنَ التِّبْرِ وَالْمَصُوغِ؛ لِمَكَانِ زِيَادَةِ الصِّيَاغَةِ.

وَإِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي دَارَ الضَّرْبِ بِوَرِقِهِ، (فَيُعْطِيهِمْ أُجْرَةَ الصرف، وَيَأْخُذُ مِنْهُمْ دَنَانِيرَ، وَدَرَاهِمَ وَزْنَ وَرِقِهِ) أَوْ دراهمه، فَقَالَ: إِذَا كَانَ ذَلِكَ لِضَرُورَةِ خُرُوجِ الرُّفْقَةِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَأَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ[٥].

وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ أَصْحَابِهِ[٦].

---

(١) مسلم (١٥٩٦). (٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: «المبسوط» (١٤/ ١١)، «الكافِي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٣٤)، «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٠)، «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٢١).

(٤) قال ابن عبد البر: «السُّنَّة المجتمع عليها من نقل الآحاد ونقل الكافة خلاف ما كان يذهب إليه معاوية». «الاستذكار» (٦/ ٣٤٨).

(٥) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٥١).

(٦) انظر: «التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب» (٥/ ٣٨٧).

وَأَنْكَرَ ذَلِكَ ابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِهِ، وَعِيسَى بْنُ دِينَارٍ(١)، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ.

وَأَجَازَ مَالِكٌ بَدْلَ الدِّينَارِ النَّاقِصِ بِالْوَازِنِ أَوْ بِالدِّينَارَيْنِ عَلَى اخْتِلَافٍ بَيْنَ أَصْحَابِهِ فِي الْعَدَدِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ ذَلِكَ مِنَ الَّذِي لَا يَجُوزُ عَلَى جِهَةِ الْمَعْرُوفِ(٢).

٢١٢٤ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي السَّيْفِ وَالْمُصْحَفِ الْمُحَلَّى: أَيُبَاعُ بِالْفِضَّةِ وَفِيهِ حِلْيَةُ فِضَّةٍ، أَوْ بِالذَّهَبِ وَفِيهِ [أ/ ٣٧٥ظ] حِلْيَةُ ذَهَبٍ؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِجَهْلِ الْمُمَاثَلَةِ الْمُشْتَرَطَةِ فِي بَيْعِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ فِي ذَلِكَ وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٤): إِنْ كَانَت قِيمَةُ مَا فِيهِ مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْفِضَّةِ الثُّلُثَ فَأَقَلَّ، جَازَ بَيْعُهُ - أَعْنِي: بِالْفِضَّةِ إِنْ (كَانَتْ فِيهِ)(٥) فِضَّةٌ، أَوْ بِالذَّهَبِ إِنْ كَانَ فِيهِ ذَهَبًا،

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٥١).

(٢) جاء فِي «المدونة» (٣/ ٣٨): «قلت: أرأيت الذي يبدل الدراهم كيلًا من عند رجل، أيجوز له أن يقول: زدني فِي الكيل، مثل ما يقول: زدني فِي العدد، أبدل لي هذا الناقص بوازن؟ قال: لا يجوز؛ لأنه ربا وهو قول مالك.
قلت: وهو فِي العدد جائز؟
قال: نعم، ذلك جائز عند مالك فيما قلَّ مثل الدينارين والثلاثة، والدرهمين والثلاثة، إذا استوى العدد.
فإن كثر العدد لم يصح». وانظر: «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٢٣١).

(٣) قال في «الأم» (٣/ ٣٣): «وإذا كانت الفضة مقرونة بغيرها خاتمًا فيه فص أو فضة أو حلية للسيف أو مصحف أو سكين فلا يشترى بشيء من الفضة قلَّ أو كثر بحال؛ لأنها حينئذٍ فضة بفضة مجهولة القيمة والوزن، وهكذا الذهب». وانظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ١١٣).

(٤) انظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٣١٣)، «التاج والإكليل» (٦/ ١٧٤).

(٥) كذا في (م)، وفِي بقية النسخ: «كان».

وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ. وَكَأَنَّهُ رَأَى أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْفِضَّةُ قَلِيلَةً لَمْ تَكُنْ مَقْصُودَةً فِي الْبَيْعِ وَصَارَتْ كَأَنَّهَا هِبَةٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ[(١)]: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّيْفِ [ب/ ٣٣١و] الْمُحَلَّى بِالْفِضَّةِ إِذَا كَانَتِ الْفِضَّةُ أَكْثَرَ مِنَ الْفِضَّةِ الَّتِي فِي السَّيْفِ، وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي بَيْعِ السَّيْفِ الْمُحَلَّى بِالذَّهَبِ؛ لِأَنَّهُمْ رَأَوْا أَنَّ الْفِضَّةَ الَّتِي فِيهِ أَوِ الذَّهَبَ يُقَابِلُ مِثْلَهُ مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْفِضَّةِ الْمُشْتَرَاةِ بِهِ، وَيَبْقَى الْفَضْلُ قِيمَةَ السَّيْفِ.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ: عُمُومُ الْأَحَادِيثِ وَالنَّصِّ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ، مِنْ حَدِيثِ فَضَالَةَ بْنِ عُبَيدٍ[(٢)] الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «أُتِيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُوَ فِي خَيْبَرَ بِقِلَادَةٍ فِيهَا ذَهَبٌ وَخَرَزٌ، وَهِيَ مِنَ الغنائم[(٣)] تُبَاعُ[(٤)]، فَأَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالذَّهَبِ الَّذِي فِي الْقِلَادَةِ، فنُزِع وَحْدَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ**»، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ[(٥)].

وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ ـ كَمَا قُلْنَا ـ فَأَجَازَ ذَلِكَ [م/٢٠٧ظ] عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ عَلَيْهِ أَبُو الدرداء[(٦)]، وَقَالَ: لَا أَسْكُنُ فِي أَرْضٍ أَنْتَ فِيهَا، لِمَا رَوَاهُ مِنَ الْحَدِيثِ[(٧)].

---

(١) قال السمرقندي: «ولو باع سيفًا محلًّى بذهب أو فضة؛ إن باع بجنس الحلية والثمن أكثر من الحلية جاز، وتكون الحلية بيعًا بمثل وزنها، والفضل بإزاء الجفن». «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٢). وانظر: «مختصر القدوري» (ص٧٠).
وقال ابن قدامة: «نصَّ على ذلك أحمد، في مواضع كثيرة». «المغني» (٤/ ٢٨).
وانظر: «الإنصاف» (٥/ ٣٤) أو باع شيئًا محلًّى بجنس حليته، فهذه المسألة تسمَّى مسألة (مُدّ عجوة). والمذهب: أنه لا يجوز.

(٢) في (أ): «عبيد الله»، وفي (ب): «عبد». والمثبت الصواب.

(٣) في (م): «المغانم». (٤) من (م).

(٥) أخرجه مسلم (١٥٩١).

(٦) في (م): «ابن مسعود». والمثبت الصواب.

(٧) أخرجه ابن ماجه (١٨): أنَّ عبادة بن الصامت الأنصاري النقيب، صاحب رسول الله ﷺ: غزا مع معاوية أرض الروم، فنظر إلى الناس وهم يتبايعون كسر =

٢١٢٥ **الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:**

اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ[(١)] عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ الصَّرْفِ أَنْ يَقَعَ نَاجِزًا.

٢١٢٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الزَّمَانِ الَّذِي يَحُدُّ هَذَا الْمَعْنَى:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: الصَّرْفُ يَقَعُ نَاجِزًا مَا لَمْ يَفْتَرِقِ الْمُتَصَارِفَانِ[(٤)]، تَعَجَّلَ أَوْ تَأَخَّرَ الْقَبْضُ.

(وَقَالَ مَالِكٌ[(٥)]: ....

= الذهب بالدنانير، وكسر الفضة بالدراهم، فقال: يا أيها الناس، إنكم تأكلون الربا، سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «**لا تبتاعوا الذهب بالذهب، إلا مثلًا بمثل، لا زيادة بينهما ولا نظرة**»، فقال له معاوية: يا أبا الوليد، لا أرى الربا في هذا، إلا ما كان من نظِرة، فقال عبادة: أحدثك عن رسول الله ﷺ، وتحدثني عن رأيك؛ لئن أخرجني الله لا أساكنك بأرضٍ لك عليَّ فيها إمرة، فلما قفل لحق بالمدينة، فقال له عمر بن الخطاب: ما أقدمك يا أبا الوليد؟ فقصَّ عليه القصة، وما قال من مساكنته، فقال: ارجع يا أبا الوليد إلى أرضك، فقبَّح الله أرضًا لست فيها وأمثالك، وكتب إلى معاوية: لا إمرة لك عليه، واحمل الناس على ما قال، فإنه هو الأمر.

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في الإجماع (ص١٣٣)، والجصَّاص في «أحكام القرآن» (٣/ ٢٥٣)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٦/ ٧)، والباجي في «المنتقى» (٤/ ٢٧١)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ١١٢).

(٢) قال الماوردي: «إذا تصارفا، ثم افترقا من غير قبض، بطل الصرف». «الحاوي الكبير» (٥/ ٣١). وانظر: «المهذب» (٢/ ٧٢).
وهو مذهب الحنابلة. انظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٢/ ٣٣)، «المبدع شرح المقنع» (٤/ ١٥١).

(٣) قال السرخسي: «والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البدلين في المجلس». «المبسوط» (١٤/ ٣). وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٨٢).

(٤) في (م): «المتعاقدان».

(٥) قال ابن عبد البر: «ولا يجوز في شيء من الصرف تأخير ساعة فما فوقها ولا أن يتوارى أحدهما عن صاحبه قبل التقابض، ولا تجوز فيه حوالة ولا ضمان ولا خيار ولا عِدَة ولا شيء من النظِرة ولا يجوز إلا هاء وهاء، ويتقابضان في مجلسٍ واحد =

إِنْ تَأَخَّرَ الْقَبْضُ)[١] فِي الْمَجْلِسِ بَطَلَ الصَّرْفُ، وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا حَتَّى كَرِهَ الْمُوَاعَدَةَ فِيهِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

تَرَدُّدُهُمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ**»[٢]، وَذَلِكَ أَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ بِالْأَقَلِّ وَالْأَكْثَرِ:

فَمَنْ رَأَى أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ صَالِحٌ لِمَنْ لَمْ[٣] يَفْتَرِقْ مِنَ الْمَجْلِسِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ[٤] بَاعَ هَاءَ وَهَاءَ ـ قَالَ: يَجُوزُ[٥] التَّأْخِيرُ فِي الْمَجْلِسِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ هذا اللَّفْظَ لَا يَصْلُحُ إِلَّا إِذَا وَقَعَ الْقَبْضُ مِنَ الْمُتَصَارِفَيْنِ عَلَى الْفَوْرِ قَالَ: إِنْ تَأَخَّرَ الْقَبْضُ عَنِ الْعَقْدِ فِي الْمَجْلِسِ بَطَلَ الصَّرْفُ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى لَمْ يَجُزْ عِنْدَهُمْ فِي الصَّرْفِ حَوَالَةٌ وَلَا حَمَالَةٌ وَلَا خِيَارٌ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ[٦] أَنَّهُ أَجَازَ فِيهِ [أ/٣٧٦و] الْخِيَارَ.

٢١٣٧ وَاخْتُلِفَ فِي الْمَذْهَبِ، فِي التَّأْخِيرِ الَّذِي يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْمُتَصَارِفَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا:

فَمَرَّةً قِيلَ فِيهِ: إِنَّهُ مِثْلُ الَّذِي يَقَعُ بِالِاخْتِيَارِ.

وَمَرَّةً قِيلَ: إِنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ فِي تَفَاصِيلَ لَهُمْ فِي ذَلِكَ[٧]، لَيْسَ قَصْدُنَا ذِكْرَهَا فِي هَذَا الْكِتَابِ.

= ووقتٍ واحد». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٣٥). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٦٣٥).

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٦).
(٣) من (م).
(٤) في (أ): «اسم».
(٥) في (أ): «لا يجوز».
(٦) قال أبو ثور: ذلك جائز إذا كان إلى مدة. انظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٦/ ٦١).
(٧) انظر: «المدونة» (٣/ ٣)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٣٥)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٥).

٢١٢٨ **الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ:**

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيمَنِ اصْطَرَفَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ، ثُمَّ وَجَدَ فِيهَا دِرْهَمًا زَائِفًا، فَأَرَادَ رَدَّهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١): يَنْتَقِضُ الصَّرْفُ، (وَإِنْ كَانَتْ دَنَانِيرَ كَثِيرَةً انْتُقِضَ مِنْهَا دِينَارٌ لِلدِّرْهَمِ فَمَا فَوْقَهُ إِلَى صَرْفِ دينار، فَإِنْ زَادَ دِرْهَمٌ عَلَى دِينَارٍ(٢) انْتُقِضَ مِنْهَا)(٣) دِينَارٌ آخَرَ، وَهَكَذَا مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى صَرْفِ دِينَارٍ. قَالَ: وَإِنْ رَضِيَ بِالدِّرْهَمِ الزَّائِفِ لَمْ يَبْطُلْ مِنَ الصَّرْفِ شَيْءٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): لَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ بِالدِّرْهَمِ الزَّائِفِ، وَيَجُوزُ تَبْدِيلُهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الزُّيُوفُ نِصْفَ الدَّرَاهِمِ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ رَدَّهَا بَطَلَ الصَّرْفُ فِي الْمَرْدُودِ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ: إِذَا رَدَّ الزُّيُوفَ؛ كَانَ مُخَيَّرًا إِنْ شَاءَ أَبْدَلَهَا أَوْ يَكُونَ شَرِيكًا لَهُ بمقدار(٥) ذَلِكَ فِي الدَّنَانِيرِ - أَعْنِي: لِصَاحِبِ الدَّنَانِيرِ(٦).

وَقَالَ أَحْمَدُ(٧): لَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ بِالرَّدِّ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا.

وَابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ يُجِيزُ الْبَدَلَ فِي الصَّرْفِ(٨).

وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْغَلَبَةَ عَلَى النَّظِرَةِ فِي الصَّرْفِ لَيْسَ لَهَا تَأْثِيرٌ، وَلَا سِيَّمَا فِي الْبَعْضِ، **وَهُوَ أَحْسَنُ.**

---

(١) انظر: «التلقين» (ص٣٧٧)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٢٢).

(٢) في (م): «صرف دينار».

(٣) ما بين القوسين ليس فِي (ب).

(٤) قال الجصَّاص: «وإذا وجد في ثمن الصرف درهمًا زائفًا بعد الافتراق، فإنه يستبدله ما بينه وبين النصف، ولا يفارقه إذا ردَّه حتى يقبض البدل. فإن كان أكثر من النصف: انتقض الصرف بمقداره إن رده في قول أبي حنيفة.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينتقض إذا أخذ البدل في المجلس الذي ردّه فيه ولو وجدها كلها زيوفًا». «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٤١).

(٥) في (م): «بقدر».

(٦) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٦٣).

(٧) انظر: «مسائل أحمد رواية أبي داود» (١/ ١٩٦)، «الهداية»، للكلوذاني (ص٢٤٣).

(٨) قال ابن أبي زيد: «قال ابن حبيب: كان ابن شهاب والليث، وابن وهب يجيزون البدل فِي الصرف». «النوادر والزيادات» (١/ ٣٦٨).

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ فِي بُطْلَانِ الصَّرْفِ بِالزُّيُوفِ: قَوْلَانِ(١).

٢١٢٩ فَيَتَحَصَّلُ لِفُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

قَوْلٌ بِإِبْطَالِ الصَّرْفِ مُطْلَقًا عِنْدَ الرَّدِّ.

وَقَوْلٌ [ب/ ٣٣١ظ] بِإِثْبَاتِ الصَّرْفِ وَوُجُوبِ الْبَدَلِ.

وَقَوْلٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ.

وَقَوْلٌ بِالتَّخْيِيرِ بَيْنَ بَدَلِ الزَّائِفِ، أَوْ يَكُونُ شَرِيكًا لَهُ.

وَسَبَبُ (الْخِلَافِ فِي)(٢) هَذَا كُلِّهِ:

هَلِ الْغَلَبَةُ عَلَى التَّأْخِيرِ فِي الصَّرْفِ مُؤَثِّرَةٌ (فِيهِ، أَوْ غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ؟

وَإِنْ كَانَتْ مُؤَثِّرَةً؛ فَهَلْ هِيَ مُؤَثِّرَةٌ)(٣) فِي الْقَلِيلِ أَوْ فِي الْكَثِيرِ؟

وَأَمَّا وُجُودُ النُّقْصَانِ:

فَإِنَّ الْمَذْهَبَ اضْطَرَبَ فِيهِ(٤):

فَمَرَّةً قَالَ فِيهِ: إِنَّهُ إِنْ رَضِيَ (بِالنُّقْصَانِ جَازَ الصَّرْفُ.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٩٢)، «نهاية المطلب» (٥/ ٩٩).

(٢) ليس في (م).

(٣) ما بين القوسين ليس فِي (أ).

(٤) قال ابن رشد الجد: «واختلف: هل ينتقض فيما حصل فيه التأخير أن يجاوز النقصان، مثل أن يصرف منه دنانير بدراهم، فيجد من الدراهم درهمًا ناقصًا فيقول: أنا أتجاوزه ولا ينقض من الصرف شيء؟

على قولين:

أحدهما: قول ابن القاسم، أن ذلك لا يجوز وينتقض من الصرف صرف دينار واحد؛ إلا أن يكون العدد الذي نقص أكثر من صرف دينارين كذا أبدًا على هذا المثال والترتيب.

والثاني: قول أشهب أنَّ الصرف يجوز، ولا ينتقض منه شيء إن تجاوز النقصان كالدانق إن رضي به، وقد روي عن ابن القاسم مثل قول أشهب في النقصان اليسير كالدانق والدانقين، وقاله أصبغ في الدرهم من الألف درهم». «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٦).

وَإِنْ طَلَبَ الْبَدَلَ انْتَقَضَ الصَّرْفُ؛ (قِيَاسًا عَلَى الزُّيُوفِ.

وَمَرَّةً قَالَ: يَبْطُلُ)[1] الصَّرْفُ، وَإِنْ رَضِيَ)[2] بِهِ. وَهُوَ ضَعِيفٌ.

٢١٣٠ وَاخْتَلَفُوا أَيْضًا إِذَا قَبَضَ بَعْضَ الصَّرْفِ وَتَأَخَّرَ بَعْضٌ - أَعْنِي: الصَّرْفَ الْمُنْعَقِدَ عَلَى التَّنَاجُزِ:

فَقِيلَ: يَبْطُلُ الصَّرْفُ كُلُّهُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[3].

وَقِيلَ: يَبْطُلُ مِنْهُ الْمُتَأَخِّرُ فَقَطْ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمُحَمَّدٌ، وَأَبُو يُوسُفَ[4]، وَالْقَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ.

وَمَبْنَى الْخِلَافِ فِي الصَّفْقَةِ الْوَاحِدَةِ يُخَالِطُهَا حَرَامٌ وحلال؛ هَلْ تَبْطُلُ الصَّفْقَةُ كُلُّهَا أَوِ الْحَرَامُ مِنْهَا فَقَطْ؟

٢١٣١ **الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ:**

أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ[5] عَلَى أَنَّ الْمُرَاطَلَةَ[6] جَائِزَةٌ فِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ والْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَإِنِ اخْتَلَفَ الْعَدَدُ [أ/٣٧٦ظ] لِاتِّفَاقِ الْوَزْنِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ صِفَةُ الذَّهَبَيْنِ وَاحِدَةً.

٢١٣٢ وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُرَاطَلَةِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَخْتَلِفَ فيه[7] صِفَةُ الذَّهَبَيْنِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ). (٢) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٣) قال العمراني: «وإن قبض كل واحد منهما بعض ما صارف به، ثم تفرَّقا، بطل الصرف في قدر ما لم يتقابضا فيه». «البيان» (٥/ ١٧٦). وانظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٥٠).

(٤) انظر: «درر الحكام» (٢/ ٢٠٣)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٠٩).

(٥) نقل ابن المنذر وابن القطان الإجماع على أنَّ الوكالة في الصرف جائزة. «الإقناع» (٢/ ١٥٧)، «فتح الباري» (٤/ ٤٨١).

(٦) المراطلة: هي ما اتحد فيها العِوَضان، وكان البيع فيها بالوزن، كبيع ذهب بذهب وفضة بفضة وزنًا. ينظر: «الحاوي الكبير» (٣/ ١٩٥).

(٧) من (م).

وَالثَّانِي: أَنْ يَنْقُصَ أَحَدُ الذَّهَبَيْنِ عَنِ الْآخَرِ، فَيُرِيدُ الْآخَرُ أَنْ يَزِيدَ بِذَلِكَ عَرَضًا، أَوْ دَرَاهِمَ إِنْ كَانَتِ الْمُرَاطَلَةُ (بِذَهَبٍ، وذَهَبَ إِنْ كَانَتِ الْمُرَاطَلَةُ)[١] بِدَرَاهِمَ.

فَمَذْهَبُ مَالِكٌ[٢]:

أَمَّا فِي الْمَوْضِعِ الْأَوَّلِ ـ وَهُوَ أَنْ يَخْتَلِفَ جِنْسُ الْمُرَاطَلِ بِهِمَا فِي الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ: أَنَّهُ مَتَى رَاطَلَ أحدهما بِصِنْفٍ مِنَ الذَّهَبِ الْوَاحِدِ، وَأَخْرَجَ الْآخَرَ ذَهَبَيْنِ، أَحَدُهُمَا أَجْوَدُ مِنْ ذَلِكَ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ، وَالْآخَرُ أَرْدَأُ، فَإِنَّ ذَلِكَ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ الصِّنْفُ الْوَاحِدُ مِنَ الذَّهَبَيْنِ ـ أَعْنِي: الَّذِي أَخْرَجَهُ وَحْدَهُ ـ أَجْوَدُ مِنَ الذَّهَبَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ اللَّذَيْنِ أَخْرَجَهُمَا[٣]، أَوْ أَرْدَأُ مِنْهُمَا مَعًا، أَوْ مِثْلُ أَحَدِهِمَا وَأَجْوَدُ مِنَ (الثَّانِي أو أردأ، جَازَتِ)[٤] الْمُرَاطَلَةُ عِنْدَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: إِذَا اخْتَلَفَ الذَّهَبَانِ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَجَمِيعُ الْكُوفِيِّينَ، وَالْبَصْرِيِّينَ: يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ[٦].

وَعُمْدَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي مَنْعِهِ ذَلِكَ: الِاتِّهَامُ.

وَهُوَ مَصِيرٌ إِلَى الْقَوْلِ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ يَتَّهِمُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَاطِلُ إِنَّمَا قَصَدَ بِذَلِكَ بَيْعَ الذَّهَبَيْنِ

---

(١) من (ب). (٢) انظر: «التلقين» (ص٣٧٧).

(٣) كذا في (م)، وفي (أ): «أحدهما أجود»، وفي (ب): «أجودهما».

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) قال ابن الرفعة: «إذا باع مائة دينار عتق ومائة دينار مروانية بمائتي دينار وسط؛ فإنه لا يصح العقد، كما نصَّ عليه الشافعي». «كفاية النبيه» (٩/ ١٦٥). وانظر: «التدريب»، للبلقيني (٢/ ٣٢). وهو مذهب الحنابلة. انظر: «إرشاد أولي النهى» (ص٩٨٣).

(٦) قال أبو حنيفة: «من راطل ذهبًا بالذهب، فكان بين الذهبين فضل مثقال، فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو العين أو غير ذلك؛ فلا بأس يكون الذهب بمثله والمثقال بالذي أعطاه. «الحجة على أهل المدينة» (٢/ ٥٨٤). وانظر: «المبسوط» (١٤/ ١١).

مُتَفَاضِلًا، فَكَأَنَّهُ أَعْطَى جُزْءًا مِنَ الْوَسَطِ بِأَكْثَرَ مِنْهُ مِنَ الْأَرْدَأ، وبِأَقَلَّ مِنْهُ مِنَ الْأَعْلَى، فَيَتَذَرَّعُ مِنْ ذَلِكَ إِلَى بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ مُتَفَاضِلًا.

مِثَالُ ذَلِكَ: أَنَّ إِنْسَانًا لو[1] قَالَ لِآخَرَ: خُذْ مِنِّي خَمْسَةً[2] وَعِشْرِينَ مِثْقَالًا وَسَطًا بِعِشْرِينَ مِنَ الْأَعْلَى.

فَقَالَ له: هَذَا لَا يَجُوزُ لَنَا، وَلَكِنْ أُعْطِيكَ عِشْرِينَ مِنَ الْأَعْلَى، وَعَشَرَةً أَدْنَى مِنْ ذَهَبِكَ، وَتُعْطِينِي أَنْتَ ثَلَاثِينَ مِنَ الْوَسَطِ، فَتَكُونُ الْعَشَرَةُ الْأَدْنَى يُقَابِلُهَا خَمْسَةٌ مِنْ ذَهَبِكَ، وَيُقَابِلُ الْعِشْرِينَ[3] مِنْ ذَهَبِك الْوَسَطِ الْعِشْرِينَ مِنْ ذَهَبِكَ الْأَعْلَى.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ: اعْتِبَارُ التَّفَاضُلِ الْمَوْجُودِ فِي الْقِيمَةِ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: اعْتِبَارُ وُجُودِ الْوَزْنِ بين الذَّهَبَيْنِ وَرَدُّ الْقَوْلِ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ.

[٢١٣٣/...] وَكَمَثَلِ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمُصَارَفَةِ الَّتِي تَكُونُ بِالْمُرَاطَلَةِ[4] - أَعْنِي: إِذَا اخْتَلَفَتْ جَوْدَةُ الذَّهَبَيْنِ أَوِ الْأَذْهَابِ.

٢١٣٣ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ إِذَا نَقَصَتِ[5] الْمُرَاطَلَةُ، فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَزِيدَ شَيْئًا آخَرَ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا، أَوْ مِمَّا لَا رِبَا فِيهِ، فَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا الِاخْتِلَافِ، [ب/ ٣٣٢و] (مِثْلُ[6] أَنْ يُرَاطِلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ذَهَبًا بِذَهَبٍ، فَيَنْقُصُ أَحَدُ الذَّهَبَيْنِ عَنِ الْآخَرِ، فَيُرِيدُ الَّذِي نَقَصَ ذَهَبُهُ أَنْ يُعْطِيَ عِوَضَ النَّاقِصِ دَرَاهِمَ، أَوْ عَرَضًا:

فَقَالَ مَالِكٌ[7]، [أ/ ٣٧٧و] وَالشَّافِعِيُّ[8]، وَاللَّيْثُ[9]: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَالْمُرَاطَلَةُ فَاسِدَةٌ.

---

(١) ليست في (م).
(٢) في (م): «سبعة».
(٣) في (أ): «الخمسة والعشرون».
(٤) في (أ): «بالعدد».
(٥) في (أ): «نقضت».
(٦) هنا يبدأ خرم في (ب)، وهو قدر لوحة.
(٧) انظر: «الاستذكار» (٢/ ٦٥١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٦٥١).
(٨) انظر: «التنبيه»، للشيرازي (ص٩٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٦).
(٩) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٣٦٦).

وَأَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالْكُوفِيُّونَ[١].

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

تَقْدِيرُ وُجُودِ الْمُمَاثَلَةِ بين الذَّهَبَيْنِ، وَبَقَاءُ الْفَضْلِ مُقَابِلَ الْعَرْضِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

التُّهْمَةُ فِي أَنْ يَقْصِدَ بِذَلِكَ بَيْعَ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ مُتَفَاضِلًا.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ:

عَدَمُ الْمُمَاثَلَةِ بِالْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ أَوِ الْعَدَدِ الَّذِي بِالْفَضْلِ، وَمِثْلُ هَذَا يَخْتَلِفُونَ إِذَا كَانَتِ الْمُصَارَفَةُ بِالْعَدَدِ[٢].

٢١٣٤ الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ:

اخْتَلَفُوا فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ دَنَانِيرُ، وَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ دَرَاهِمُ، هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَتَصَارَفَاهَا وَهِيَ فِي الذِّمَّةِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: ذَلِكَ جَائِزٌ؛ إِذَا كَانَا قَدْ حَلَّا مَعًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: يَجُوزُ فِي الْحَالِّ وغَيْرِ الْحَالِّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]، وَاللَّيْثُ[٦]: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ حَلَّا أَوْ لَمْ يَحِلَّا.

---

(١) انظر: «المبسوط» (١٤/ ٧٣)، «الاختيار» (٢/ ٤٢).

(٢) من (م).

(٣) قال الحطاب: «وإن كان لأحدهما على الآخر دينار أو دنانير، وللآخر عليه دراهم، فيتطارحان ما فِي الذمَّتين. وإن كان ما فِي الذمَّتين مؤجلًا أو ما فِي أحدهما: لم يجز، وهو معنى قوله: (وإن من أحدهما) وإن حلَّا جميعًا جاز». «مواهب الجليل» (٤/ ٣١٠)، وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٩٨).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٨)، «العناية شرح الهداية» (٧/ ١٤٠).

(٥) انظر: «بحر المذهب»، للروياني (٤/ ٤٤٥)، «البيان في مذهب الإمام»، للعمراني (٥/ ١٧٩).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ٣٥٠).

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ: أَنَّهُ (غَائِبٌ بِغَائِبٍ)[١]، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ غَائِبٌ بِنَاجِزٍ كَانَ أَحْرَى أَنْ لَا يَجُوزَ غَائِبٌ بِغَائِبٍ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَأَقَامَ حُلُولَ الْأَجَلَيْنِ فِي ذَلِكَ مَقَامَ النَّاجِزِ بِالنَّاجِزِ، وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَا حَالَّيْنِ مَعًا، لِئَلَّا يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ باب بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَبِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ كِنَانَةَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٢].

٢١٣٥ وَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا: اخْتِلَافُهُمْ فِي جَوَازِ الصَّرْفِ عَلَى مَا لَيْسَ عِنْدَهُمَا إِذَا دَفَعَهُ أَحَدُهُمَا [م/٢٠٨ظ] إِلَى صَاحِبِهِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ، مِثْلُ أَنْ يَسْتَقْرِضَاهُ فِي الْمَجْلِسِ فَتَقَابَضَاهُ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ:

فَأَجَازَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٤].

وَكَرِهَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ[٥]، وَاسْتَخَفَّهُ مِنَ الطَّرَفِ الْوَاحِدِ ـ أَعْنِي: إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا هُوَ الْمُسْتَقْرِضَ فَقَطْ.

وَقَالَ زُفَرُ[٦]: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ[٧].

٢١٣٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ دَرَاهِمُ إِلَى أَجَلٍ: هَلْ يَأْخُذُ فِيهَا إِذَا حَلَّ الْأَجَلُ ذَهَبًا أَوْ بِالْعَكْسِ؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ إِلَى جَوَازِ ذَلِكَ إِذَا كَانَ الْقَبْضُ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنَّهُ أَجَازَ ذَلِكَ ـ وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ الْأَجَلُ[٨].

وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ، سَوَاءٌ كَانَ الْأَجَلُ حَالًّا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ[٩].

---

(١) في (أ): «أنه لا يجوز غائب بناجز».
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٣٥٠).
(٣) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٨٦).
(٤) «المبسوط» (١٤/ ٧٧)، «الاختيار» (٢/ ٤١).
(٥) «الاستذكار» (٦/ ٣٥٤).
(٦) في (أ): «زيد».
(٧) «المبسوط» (١٤/ ٧٧).
(٨) «المبسوط» (١٤/ ٧٧).
(٩) «الاستذكار» (٦/ ٣٨٢).

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَ ذَلِكَ: حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: «كُنْتُ أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ، أَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: **لَا بَأْسَ به** [أ/٣٧٧ظ] **إِذَا كَانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِ**».

خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(١).

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ: مَا جَاءَ فِي حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ، وَغَيْرِهِ: «**وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ**»(٢).

٢١٣٧ الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ:

واخْتُلِفَ فِي الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ:

فَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا الْأَكْثَرَ، وَالْآخَرُ تَبَعًا لِصَاحِبِهِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الصَّرْفُ فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ، أَوْ فِي دَنَانِيرَ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الصَّرْفُ فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ جَازَ كَيْفَمَا وَقَعَ، وَإِنْ كَانَ فِي أَكْثَرَ اعْتُبِرَ كَوْنُ أَحَدِهِمَا تَابِعًا لِلْآخَرِ فِي الْجَوَازِ، فَإِنْ كَانَا مَعًا مَقْصُودَيْنِ لَمْ يَجُزْ.

وَأَجَازَ أَشْهَبُ الصَّرْفَ وَالْبَيْعَ(٣).

وَهُوَ أَجْوَدُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ مَا يُؤَدِّي إِلَى رِبًا وَلَا غَرَرٍ.

(تَمَّ كِتَابُ الصَّرْفِ، بِحَمْدِ اللهِ وَعَوْنِهِ)(٤).

---

(١) برقم: (٣٣٥٤).

(٢) البخاري (٢١٧٧).

(٣) انظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٣١٣)، «شرح مختصر خليل» (٥/ ٤١).

(٤) من (م).

كِتَابُ السَّلَمِ

وَفِي هَذَا الْكِتَابِ[١] **ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ**:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي مَحِلِّهِ وَشُرُوطِهِ.

الْبَابُ الثَّانِي: فِيمَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَضِيَ مِنَ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ بَدَلَ مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ السَّلَمُ، وَمَا يَعْرِضُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْإِقَالَةِ وَالتَّعْجِيلِ وَالتَّأْخِيرِ.

الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي السَّلَمِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

أَمَّا مَحِلُّهُ:

٢١٣٨ **فَإِنَّهُمْ أَجْمَعُوا**[٢] عَلَى جَوَازِهِ فِي كُلِّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ، لِمَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ الْمَشْهُورِ، قَالَ: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ، وَهُمْ يُسْلِمُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي ثَمَنٍ مَعْلُومٍ، (وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ)**[٣]**، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**»[٤].

٢١٣٩ **وَاتَّفَقُوا**[٥][٦] **عَلَى امْتِنَاعِهِ فِيمَا لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ، وَهِيَ الدُّورُ وَالْعَقَارُ.**

٢١٤٠ وَأَمَّا سَائِرُ ذَلِكَ مِنَ الْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ:

---

(١) فِي (أ): «الباب».

(٢) حكى الإجماع على ذلك: ابن بطال فِي «شرح صحيح البخاري» (٥/ ٣٦٥)، وابن العربي فِي «المسالك شرح موطأ مالك» (٦/ ١١٩).

(٣) ليس فِي (أ).

(٤) البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

(٥) ينظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٣).

(٦) نقله عنه ابن الشاط في «إدرار الشروق» (٣/ ٢٩٣).

فَاخْتَلَفُوا فِيهَا، فَمَنَعَ ذَلِكَ دَاوُدُ وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ[١]؛ مُصَيَّرًا إِلَى ظَاهِرِ هَذَا الْحَدِيثِ.

وَالْجُمْهُورُ[٢] عَلَى أَنَّهُ جَائِزٌ فِي الْعُرُوضِ الَّتِي تَنْضَبِطُ بِالصِّفَةِ وَالْعَدَدِ.

٢١٤١ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِيمَا يَنْضَبِطُ بِالصِّفَةِ[٣] مِمَّا لَا يَنْضَبِطُ بِالصِّفَةِ، فَمِنْ ذَلِكَ الْحَيَوَانُ وَالرَّقِيقُ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَالْأَوْزَاعِيُّ وَاللَّيْثُ[٦] إِلَى أَنَّ السَّلَمَ فِيهِمَا جَائِزٌ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ مِنَ الصَّحَابَةِ[٧].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٨]، وَالثَّوْرِيُّ وَأَهْلُ الْعِرَاقِ[٩]: لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الْحَيَوَانِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ[١٠].

وَعَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ[١١].

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الْعِرَاقِ فِي ذَلِكَ: مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ السَّلَفِ فِي الْحَيَوَانِ»[١٢].

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٥١٧).

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١١)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٩١)، «المهذب» (٢/ ٧٣)، «المبدع»، لابن مفلح (٤/ ٨٥).

(٣) من (أ).

(٤) انظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ٢٠)، «الذخيرة» (٥/ ٢٤٢).

(٥) قال النووي: «يجوز السَّلَم فِي الحيوان». «روضة الطالبين» (٤/ ١٨). وانظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣١) وهو المشهور من مذهب الحنابلة. انظر: «الإنصاف» (٥/ ٨٥)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٩٠).

(٦) انظر: «الأوسط» (١٠/ ٢٩٢).

(٧) «الاستذكار» (٦/ ٤١٩).

(٨) قال القدوري: «ولا يجوز السلم فِي الحيوان ولا فِي أطرافه ولا فِي الجلود عددًا». «مختصر القدوري» (ص٦٨). وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣٧١).

(٩) «الأوسط»، لابن المنذر (١٠/ ٢٩٢).

(١٠) «الاستذكار» (٦/ ٤١٩).

(١١) «الاستذكار» (٦/ ٤١٩).

(١٢) أخرجه الحاكم (٢٣٤١)، والدارقطني (٣٠٥٩).

وَهَذَا الْحَدِيثُ ضَعِيفٌ(١) **عِنْدَ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ.**

[أ/٣٧٨و] وَرُبَّمَا احْتَجُّوا أَيْضًا بِنَهْيِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً(٢).

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ السَّلَمَ فِي الْحَيَوَانِ:

مَا رُوِيَ عَنِ [م/٢٠٩و] ابْنِ عُمَرَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشًا، فَنَفَدَتِ الْإِبِلُ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى قِلَاصِ الصَّدَقَةِ، (فَأَخَذَ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ)(٣) إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ»(٤).

وَحَدِيثُ أَبِي رَافِعٍ أَيْضًا: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَكْرًا»(٥).

قَالُوا: وَهَذَا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ فِي الذِّمَّةِ.

فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْمَعْنَى.

وَالثَّانِي: تَرَدُّدُ الْحَيَوَانِ بَيْنَ أَنْ يُضْبَطَ بِالصِّفَةِ أَوْ لَا يُضْبَطُ.

فَمَنْ نَظَرَ إِلَى قِيَاسِ الْحَيَوَانِ فِي الْخَلْقِ وَالصِّفَاتِ، وَبِخَاصَّةٍ صِفَاتُ النَّفْسِ قَالَ: لَا يَنْضَبِطُ.

(وَمَنْ نَظَرَ إِلَى تَشَابُهِهَا قَالَ: يَنْضَبِطُ)(٦).

٢١٤٢ **وَمِنْهَا:** اخْتِلَافُهُمْ فِي الْبَيْضِ وَالدُّرِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ:

فَلَمْ يُجِزْ أَبُو حَنِيفَةَ السَّلَمَ فِي الْبَيْضِ(٧).

= قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٨٨): «وفي إِسْنَادِهِ إِسْحَاقُ بْنُ إبراهيم بن جوتى؛ وَهَّاهُ ابْنُ حِبَّانَ».

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/ ٤٦).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٣٧)، عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٣) في (أ): «فأخذت البعيرين».

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٥٧).

(٥) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٧) هذا سهوٌ! =

(أ) وَأَجَازَهُ مَالِكٌ[١] بِالْعَدَدِ[٢].

(ب) وَكَذَلِكَ فِي اللَّحْمِ:

أَجَازَهُ مَالِكٌ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤]، وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ[٥].

(ج) (وَكَذَلِكَ[٦] السَّلَمُ فِي الرُّءُوسِ وَالْأَكَارِعِ:

أَجَازَهُ مَالِكٌ[٧]، وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ[٨].

= بل نصّه في «الاستذكار» (٦/ ٥٤٣): «وقد اتفق **مالك** والأوزاعي **وأبو حنيفة** وأصحابهم على جواز السَّلَم في الحيوان والبيض عدًّا، وصغير ذلك وكبيره سواء.
وروى الحسن بن زياد عن زفر قال: لا يجوز السَّلَم في الجوز والبيض.
وقال الشافعي: لا يجوز السَّلَم في الجوز ولا في البيض ولا في الرُّمان؛ إلا أن يضبط بكيل أو وزن». اهـ.
ومن هنا: فمذهب الحنفية جواز السلم فيه:
قال القدوري: «جائز في المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض». «مختصر القدوري» (ص٦٨).
وقال السمرقندي: «وعلى هذا السَّلَم في الأعداد المتقاربة مثل الجوز والبيض ونحوهما جائز كيلًا ووزنًا وعددًا في قول علمائنا الثلاثة». «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٦).
وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٧١).

(١) انظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٥٥)، «التاج والإكليل» (٤/ ٥٣٠).
(٢) في (أ): «في العدد».
(٣) انظر: «الكافي فِي فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٩٢)، «التاج والإكليل» (٦/ ٥٠٠).
(٤) قال النووي: «السَّلَم فِي اللحم جائز». «روضة الطالبين» (٤/ ٢٠). وانظر: أسنى المطالب (٢/ ١٣٣).
(٥) قال السرخسي: «ولا خير فِي السَّلَم في اللحم؛ لأنه مختلف في قول أبي حنيفة». «المبسوط» (١٢/ ١٣٧).
«الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٧٢).
وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٥/ ٨٦)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٩٠).
(٦) من هنا يبدأ خرم في (م).
(٧) قال ابن شاس: «ويصح السَّلَم في رؤوس الحيوانات وفي الأكارع». «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٧٥٦). وانظر: «شرح مختصر خليل» (٥/ ٢٢٢).
(٨) «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٧٢).

وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[١] وَالشَّافِعِيِّ[٢].

(د) وَكَذَلِكَ السَّلَمُ فِي الدُّرِّ وَالْفُصُوصِ:

أَجَازَهُ مَالِكٌ[٣]، وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ[٤][٥].

وَقَصْدُنَا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ إِنَّمَا هُوَ (الْأُصُولُ الضَّابِطَةُ لِلشَّرعِ)[٦] لَا إِحْصَاءُ الْفُرُوعِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ.

وَأَمَّا شُرُوطُهُ:

فَمِنْهَا مُجْمَعٌ عَلَيْهَا، وَمِنْهَا مُخْتَلَفٌ فِيهَا:

أَمَّا الْمُجْمَعُ عَلَيْهَا: **فَهِيَ سِتَّةٌ:**

مِنْهَا: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ وَالْمَثْمُونُ مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ النَّسَاءُ، وَامْتِنَاعُهُ فِيمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ النَّسَاءُ، وَذَلِكَ:

إِمَّا اتِّفَاقُ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا يَرَاهُ مَالِكٌ.

وَإِمَّا اتِّفَاقُ الْجِنْسِ عَلَى مَا يَرَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَإِمَّا اعْتِبَارُ الطُّعْمِ مَعَ الْجِنْسِ، عَلَى مَا يَرَاهُ الشَّافِعِيُّ؛ فِي عِلَّةِ النَّسَاءِ.

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَ مُقَدَّرًا إِمَّا بِالْكَيْلِ، أَوِ الْوَزْنِ، أَوِ الْعَدَدِ[٧] إِنْ كَانَ مِمَّا شَأْنُهُ أَنْ يَلْحَقَهُ التَّقْدِيرُ، أَوْ مُنْضَبِطًا بِالصِّفَةِ إِنْ كَانَ مِمَّا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الصِّفَةَ.

---

(١) انظر: «المبسوط» (١٢/ ١٣١).　(٢) انظر: «تحفة المحتاج» (٥/ ٢٩).

(٣) قال المواق: «وكذلك اللؤلؤ والجوهر وصنوف الفصوص والحجارة، إذا ذكر صنفًا معروفًا بصفة معلومة». «التاج والإكليل» (٤/ ٥٣٧). وانظر: «التهذيب في اختصار المدونة» (٣/ ٢١).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ١٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٤).

(٥) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

(٦) في (أ): «الأصل الضابط للشريعة».

(٧) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن قدامة في «المغني» (٦/ ٤٠٦).

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ(١).

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ غَيْرَ مُؤَجَّلٍ أَجَلًا بَعِيدًا(٢)، لِئَلَّا يَكُونَ)(٣) مِنْ بَابِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ، هَذَا فِي الْجُمْلَةِ.

٢١٤٣ واختلفوا فِي اشْتِرَاطِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ فِي تَأْخِيرِ نَقْدِ الثَّمَنِ، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أنه لَا يَجُوز فِي الْمُدَّةِ الْكَثِيرَةِ، وَلَا مُطْلَقًا:

فَأَجَازَ مَالِكٌ(٤) اشْتِرَاطَ تَأْخِيرِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ، وَكذلك أَجَازَ تَأْخِيرَهُ [أ/٣٧٨ظ] بِلَا شَرْطٍ.

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥) والشافعي(٦) إِلَى أَنَّ مَنْ شَرْطُهُ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ كَالصَّرْفِ، فَهَذِهِ سِتَّةٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا.

٢١٤٤ **وَاخْتَلَفُوا فِي أَرْبَعَةٍ:**

أَحَدهَا: الْأَجَلُ، هَلْ هُوَ شَرْطٌ فِيهِ أَمْ لَا؟

وَالثَّانِي: هَلْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ جِنْسُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَوْجُودًا فِي حَالِ عَقْدِ السَّلَمِ أَمْ لَا؟

---

(١) حكى الإجماعَ على ذلك: الباجي في «المنتقى» (٤/ ٣٠٠)، وابن العربي في «القبس» (٢/ ٨٣٤)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٤٠٦)، والقرطبي في «تفسيره» (٣/ ٣٨١)، وابن مفلح في «المبدع» (٤/ ١٩٣).

(٢) حكى الإجماعَ على ذلك: الباجي في «المنتقى» (٤/ ٣٠٠)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٤٠٧)، والقرطبي في «تفسيره» (٣/ ٣٨٢).

(٣) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب)، وهو قدر لوحة.

(٤) قال ابن عبد البر: «ولا يجوز أن يكون الأجل في السَّلَم اليوم واليومين؛ وإنما يجوز في أمر ترتفع في مثله الأسواق وتنخفض، هذا هو المشهور من المذهب. وقد أجازه بعض أصحاب مالك.
وروي أيضًا، عن مالك أنه يجوز أن يكون أجل السَّلَم ثلاثة أيام فصاعدًا دون مراعاة الأسواق». «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦٩٢). وانظر: «الذخيرة» (٥/ ٢٥٣).

(٥) «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٠). وانظر: «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ٧٤).

(٦) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣).

وَالثَّالِثُ: اشْتِرَاطُ مَكَانِ دَفْعِ الْمُسْلَمِ فِيهِ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مُقَدَّرًا إِمَّا مَكِيلًا، وَإِمَّا مَوْزُونًا، وَإِمَّا مَعْدُودًا، وَأَنْ لَا يَكُونَ جُزَافًا.

[٢١٤٤/أ] فَأَمَّا الْأَجَلُ:

فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ(١) هُوَ عِنْدَهُ شَرْطُ صِحَّةٍ، بِلَا خِلَافٍ عَنْهُ فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٢)، فَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ، وَالْمَشْهُورُ عَنْهُ: أَنَّهُ مِنْ شَرْطِ السَّلَمِ؛ وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَتَخَرَّجُ مِنْ بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ جَوَازُ السَّلَمِ الْحَالِّ(٣).

وَأَمَّا اللَّخْمِيُّ(٤) فَإِنَّهُ فَصَّلَ الْأَمْرَ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: إِنَّ السَّلَمَ فِي الْمَذْهَبِ يَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ(٥): سَلَمٌ حَالٌّ، وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ مِنْ شَأْنِهِ بَيْعُ تِلْكَ السِّلْعَةِ وَسَلَمٌ مُؤَجَّلٌ، وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ مِمَّنْ لَيْسَ مِنْ شَأْنِهِ بَيْعُ تِلْكَ السِّلْعَةِ.

وَعُمْدَةُ مَنِ اشْتَرَطَ الْأَجَلَ شَيْئَانِ: ظَاهِرُ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ(٦).

وَالثَّانِي: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ الْأَجَلُ، كَانَ مِنْ بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ إِذَا جَازَ مع الْأَجَلِ ـ فَهُوَ حَالٌّ أَجْوَزُ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ غَرَرًا.

وَرُبَّمَا (اسْتَدَلَّتِ الشَّافِعِيَّةُ)(٧) بِمَا رُوِيَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى جَمَلًا مِنْ أَعْرَابِيٍّ بِوَسْقِ تَمْرٍ، فَلَمَّا دَخَلَ الْبَيْتَ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ، فَاسْتَقْرَضَ النَّبِيُّ ﷺ تَمْرًا، وَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ»(٨).

---

(١) «فتح القدير» (٦/ ٤٤٨)، «الفتاوى الهندية» (٣/ ٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٠٧).

(٣) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٣٠).

(٤) «جواهر الدرر» (٥/ ٢٣٣).

(٥) في (م): «قسمين».

(٦) يعني: حديث البخاري (٢٢٤٠): **«من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»**.

(٧) في (أ): «استدل الشافعي».

(٨) أخرجه البزار كما في «كشف الأستار» (١٣١٠)، والبيهقي في «السُّنن الكبير» (٦/ ٢٠)، =

قَالُوا: فَهَذَا هُوَ[(١)] شِرَاءٌ حَالٌّ بِتَمْرٍ فِي الذِّمَّةِ.

وَلِلْمَالِكِيَّة مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: أَنَّ السَّلَمَ إِنَّمَا جُوِّزَ لِمَوْضِعِ الِارْتِفَاقِ، لِأَنَّ الْمُسْلِفَ يَرْغَبُ فِي تَقْدِيمِ الثَّمَنِ لِاسْتِرْخَاصِ الْمُسْلَم فِيهِ، وَالْمُسْلَمِ إِلَيهِ يَرْغَبُ فِيهِ[(٢)] لِمَوْضِعِ النَّسِيئَةِ، وَإِذَا لَمْ يُشْتَرَطِ الْأَجَلُ زَالَ هَذَا الْمَعْنَى.

[٢١٤٤/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي الْأَجَلِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ يُقَدَّرُ بِغَيْرِ الْأَيَّامِ وَالشُّهُورِ مِثْلُ الْجِذَاذِ، وَالْقِطَافِ، وَالْحَصَادِ، وَالْمَوْسِمِ؟

وَالثَّانِي: فِي مِقْدَارِهِ مِنَ الْأَيَّامِ.

وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ[(٣)] فِي مِقْدَارِهِ مِنَ الْأَيَّامِ: أَنَّ الْمُسْلَمَ[(٤)] فِيهِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

ضَرْبٌ يُقْتَضَى [م/٢٠٩ظ] بِالْبَلَدِ الْمُسْلَم فِيهِ.

وَضَرْبٌ يُقْتَضَى بِغَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْمُسْلَمُ:

فَإِنِ اقْتَضَاهُ فِي الْبَلَدِ الْمُسْلَم فِيهِ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٥)]: إِنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ أَجَلٌ تَخْتَلِفُ فِيهِ الْأَسْوَاقُ، وَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا أَوْ نَحْوُهَا. [أ/٣٧٩و]

= وفي «الصغير» (٢٠٠٦) من طريق يحيى بن عمير، حَدَّثَنِي هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ به.

وأخرجه الحاكم (٢/ ٣٢) من طريق يحيى بن سلام، عن حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة مرفوعًا به.

قال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرِّجاه.

فقال الذهبي: يحيى ضعيف، ولم يخرِّج له أحد.

(١) من (م). (٢) من (م).

(٣) «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩٧)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٠٥)، «منح الجليل» (٥/ ٢٨٤).

(٤) في (أ): «السلم».

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٣٠١).

وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ[(١)]: أَنَّهُ يَجُوزُ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ[(٢)]: لَا بَأْسَ بِهِ إِلَى الْيَوْمِ الْوَاحِدِ.

وَأَمَّا مَا يُقْتَضَى بِبَلَدٍ آخَرَ: فَإِنَّ الْأَجَلَ عِنْدَهُمْ فِيهِ هُوَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ الَّتِي بَيْنَ الْبَلَدَيْنِ قَلَّتْ أَو كَثُرَتْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: لَا يَكُونُ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

فَمَنْ جَعَلَ الْأَجَلَ شَرْطًا غَيْرَ مُعَلَّلٍ اشْتَرَطَ مِنْهُ أَقَلَّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ.

وَمَنْ جَعَلَهُ شَرْطًا مُعَلَّلًا بِاخْتِلَافِ الْأَسْوَاقِ اشْتَرَطَ مِنَ الْأَيَّامِ مَا تَخْتَلِفُ فِيهِ الْأَسْوَاقُ غَالِبًا.

[٢١٤٤/ج] وَأَمَّا الْأَجَلُ إِلَى الْجِذَاذِ وَالْحَصَادِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ:

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ[(٤)].

وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٦)].

فَمَنْ رَأَى أَنَّ الِاخْتِلَافَ الَّذِي يَكُونُ فِي أَمْثَالِ هَذِهِ الْأَجْنَاسِ[(٧)] يَسِيرٌ أَجَازَ ذَلِكَ؛ إِذِ الْغَرَرُ الْيَسِيرُ مَعْفُوٌّ عَنْهُ فِي الشَّرْعِ، وَشَبَّهَهُ بِالِاخْتِلَافِ الَّذِي يَكُونُ فِي الشُّهُورِ مِنْ قِبَلِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ.

[ب/٣٣٢ظ] وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ كَثِيرٌ، وَأَنَّهُ أَكْثَرُ مِنَ الِاخْتِلَافِ الَّذِي يَكُونُ مِنْ قِبَلِ نُقْصَانِ الشُّهُورِ وَكَمَالِهَا: لَمْ يُجِزْهُ.

[٢١٤٤/د] وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي هَلْ من شَرْطِ السَّلَمِ أَنْ يَكُونَ جِنْسُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَوْجُودًا فِي حِينِ عَقْدِ السَّلَمِ:

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٣٠١).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٣٠١).
(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٦).
(٤) «التهذيب في اختصار المدونة» (٣/ ١٣).
(٥) «التجريد» (٥/ ٢٦٦٤).
(٦) «كفاية النبيه» (٩/ ٣٥١).
(٧) في (م): «الآجال».

فَإِنَّ مَالِكًا[١]، وَالشَّافِعِيَّ[٢]، وَأَحْمَدَ[٣]، وَإِسْحَاقَ[٤]، وَأَبَا ثَوْرٍ[٥] لَمْ يَشْتَرِطُوا ذَلِكَ، وَقَالُوا: يَجُوزُ السَّلَمُ فِي غَيْرِ وَقْتِ إِبَّانِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٦]، وَالثَّوْرِيُّ[٧]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٨]: لَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا فِي إِبَّانِ الشَّيْءِ الْمُسْلَمِ فِيهِ.

فَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الْإِبَّانَ: مَا وَرَدَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يُسْلِمُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَةَ[٩] السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَأُقِرُّوا عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يُنْهَوْا عَنْهُ[١٠].

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ: مَا رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**لَا تُسْلِمُوا فِي النخيل حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا**»[١١].

وَكَأَنَّهُمْ رَأَوْا أَنَّ الْغَرَرَ يَكُونُ فِيهِ أَكْثَرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا فِي حَالِ الْعَقْدِ، وَكَأَنَّهُ يُشْبِهُ بَيْعَ مَا لَمْ يُخْلَقْ (أَكْثَرَ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مُعَيَّنًا وهو فِي الذِّمَّةِ، وَلِهَذَا فَارَقَ السَّلَمُ بَيْعَ مَا لَمْ يُخْلَقْ)[١٢].

[٢١٤٤هـ] وَأَمَّا الشَّرْطُ الثَّالِثُ ـ وَهُوَ مَكَانُ الْقَبْضِ:

فَإِن أَبَا حَنِيفَةَ[١٣] اشْتَرَطَهُ، تَشْبِيهًا[١٤] بِالزَّمَانِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْهُ غَيْرُهُ[١٥] ـ وَهُمُ الْأَكْثَرُ.

---

(١) «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٥/ ١٨٠)، «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ١٨١).

(٢) «تحفة المحتاج» (٤/ ٤٦١).

(٣) «الإنصاف» (٥/ ٥٧)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٧٧).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٣٠٨).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٣٠٨).

(٦) «البحر الرائق» (٥/ ٣٢٤).

(٧) «الاستذكار» (٦/ ٣٠٨).

(٨) «الاستذكار» (٦/ ٣٠٨).

(٩) ليست في (م).

(١٠) سبق تخريجه.

(١١) تقدم تخريجه.

(١٢) ما بين القوسين ليس فِي (م).

(١٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٣)، «المبسوط» (١٢/ ١٢٧).

(١٤) ليست فِي (ب).

(١٥) مكانها بياض في (م).

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ[(١)]: الْأَفْضَلُ اشْتِرَاطُهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ[(٢)]: لَيْسَ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ.

[٢١٤٤/و] وَأَمَّا **الشَّرْطُ الرَّابِعُ** - وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مُقَدَّرًا مَكِيلًا، أَوْ مَوْزُونًا، أَوْ مَعْدُودًا لَا جُزَافًا:

فَاشْتَرَطَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)].

وَلَمْ يَشْتَرِطْهُ الشَّافِعِيُّ، وَلَا صَاحِبَا أَبِي حَنِيفَةَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ، قَالُوا: وَلَيْسَ يُحْفَظُ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ نَصٌّ، [أ/٣٧٩ظ] إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ الْجُزَافِ، إِلَّا فِيمَا يَعْظُمُ الْغَرَرُ فِيهِ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِهِ[(٤)].

وَيَنْبَغِي أَنْ تَعْلَمَ: أَنَّ التَّقْدِيرَ فِي السَّلَمِ يَكُونُ بِالْوَزْنِ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ الْوَزْنُ، وَبِالْكَيْلِ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ الْكَيْلُ، وَبِالذَّرْعِ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ الذَّرْعُ، وَبِالْعَدَدِ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ الْعَدَدُ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ التَّقْدِير: انْضَبَطَ بِالصِّفَاتِ الْمَقْصُودَةِ مِنَ الْجِنْسِ مَعَ ذِكْرِ الْجِنْسِ إِنْ كَانَ أَنْوَاعًا مُخْتَلِفَةً، أَوْ مَعَ تَرْكِهِ إِنْ كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا.

٢١٤٥ **وَلَمْ يَخْتَلِفُوا** أَنَّ السَّلَمَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الذِّمَّةِ، وَأَنَّهُ لَا يَكُونُ فِي مُعَيَّنٍ[(٥)].

وَأَجَازَ مَالِكٌ السَّلَمَ فِي قَرْيَةٍ مُعَيَّنَةٍ إِذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً، وَكَأَنَّهُ رَآهَا مِثْلَ الذِّمَّةِ[(٦)].

---

(١) هو القاضي عبد الوهاب، «الإشراف» (٢/ ٥٦٨).

(٢) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٤٤). (٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٥).

(٤) انظر: «النّوادر والزِّيادات» (٦/ ٧٤).

(٥) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٤)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢)، والباجي في «المنتقى» (٤/ ٢٩٢)، وابن العربي في «القبس» (٢/ ٨٣٢).

(٦) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٤٠).

الْبَابُ الثَّانِي:

وَفِي هَذَا الْبَابِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ، ولَكِنْ نَذْكُرُ مِنْهَا الْمَشْهُورَ:

٢١٤٦ (مَسْأَلَةٌ):

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيمَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ مِنَ الثمار، فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلُ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ حَتَّى عَدِمَ ذَلِكَ الْمُسْلَمُ فِيهِ وَخَرَجَ زَمَانُهُ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ: إِذَا وَقَعَ ذَلِكَ كَانَ الْمُسْلِمُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ أَوْ يَصِيرَ إِلَى الْعَامِ الْقَابِلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢)، وَابْنُ الْقَاسِمِ(٣).

وَحُجَّتُهُمْ: أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ فَهُوَ بَاقٍ عَلَى أَصْلِهِ، وَلَيْسَ مِنْ (شَرْطِ جَوَازِهِ أَنْ يَكُونَ مِنْ ثِمَارِ هَذِهِ السَّنَةِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ)(٤) شَرَطَهُ الْمُسْلِمُ، فَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٥): يَنْفَسِخُ السَّلَمُ ضَرُورَةً، وَلَا يَجُوزُ التَّأْخِيرُ، وَكَأَنَّهُ رَآهُ مِنْ بَابِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَيْسَ لَهُ(٦) أَخْذُ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا لَهُ(٧) [م/ ٢١٠و] أَنْ يَصْبِرَ إِلَى الْقَابِلِ، وَاضْطَرَبَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي هَذَا(٨).

وَالْمُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

مَا رَآهُ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٠٤).

(٢) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠١)، «تبيين الحقائق» (٤/ ١١٥، ١١٦)، «العناية شرح الهداية» (٧/ ٩٩، ١٠٠).

(٣) «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٤)، «منح الجليل» (٥/ ٣٣٥).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٤)، «منح الجليل» (٥/ ٣٣٥).

(٦) في (م): «عليه». (٧) في (م): «عليه».

(٨) «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٤)، «منح الجليل» (٥/ ٣٣٥).

الطَّرْطُوشِيُّ[١].

وَالْكَالِئُ بِالْكَالِئِ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ الْمَقْصُودُ، لَا الَّذِي يَدْخُلُ اضْطِرَارًا[٢].

٢١٤٧ [ب/ ٣٣٣و] **(مَسْأَلَةٌ)**:

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي بَيْعِ الْمُسْلَمِ فِيهِ إِذَا حَانَ الْأَجَلُ مِنَ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِهِ:

فَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ أَصْلًا، وَهُمُ الْقَائِلُونَ بِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وأحمد[٤]، وَإِسْحَاقُ[٥].

وَتَمَسَّكَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ، فِي مَنْعِ هَذَا؛ بِحَدِيثِ عَطِيَّةَ الْعَوْفِيِّ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ، فَلَا يَصْرِفْهُ فِي غَيْرِهِ»**[٦].

وَأَمَّا مَالِكٌ[٧]: فَإِنَّهُ مَنَعَ بَيْعَ[٨] شِرَاءَ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أ) أَحَدُهُمَا: إِذَا كَانَ الْمُسْلَمُ فِيهِ طَعَامًا.

وَذَلِكَ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ فِي أَنَّ الَّذِي يُشْتَرَطُ فِي بَيْعِهِ الْقَبْضُ هُوَ الطَّعَامُ، عَلَى مَا جَاءَ عَلَيْهِ [أ/ ٣٨٠و] النَّصُّ فِي الْحَدِيثِ.

---

(١) انظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٦)، «منح الجليل» (٥/ ٣٣٩).

(٢) ينظر في معنى هذا الحديث: «مطالع الأنوار»، لابن قرقول (٣/ ٣٥٩).

(٣) «البناية» (٨/ ٣٥٦).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٣٠٦).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٤٠).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣)، وعطية بن سعد العوفي ضعيفٌ.
وقد ضعَّف هذا الحديثَ جماعةٌ منهم: أبو حاتم الرازي، والبيهقي، والإشبيلي، كما في «البدر المنير» (٦/ ٥٦٣ ـ ٥٦٤).

(٧) «المدونة» (٣/ ١٣٣)، «الاستذكار» (٦/ ٤٤٠ ـ ٤٤١).

(٨) ليست في (م).

(ب) **وَالثَّانِي**: إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمُسْلَمُ فِيهِ طَعَامًا، فَأَخَذَ عِوَضَهُ الْمُسْلِمُ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُسْلِمَ فِيهِ رَأْسَ مَالِهِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عَرَضًا، وَالثَّمَنُ عَرَضًا مُخَالِفًا لَهُ فَيَأْخُذُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ إِذَا حَانَ الْأَجَلُ شَيْئًا مِنْ جِنْسِ ذَلِكَ الْعَرَضِ الَّذِي هُوَ الثَّمَنُ، وَذَلِكَ أَنَّ هَذَا يَدْخُلُهُ:

إِمَّا سَلَفٌ وَزِيَادَةٌ، إِنْ كَانَ الْعَرَضُ الْمَأْخُوذُ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ.

وَإِمَّا ضَمَانٌ وَسَلَفٌ، إِنْ كَانَ مِثْلَهُ أَوْ أَقَلَّ.

[٢١٤٧/أ] وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ رَأْسُ مَالِ الْمُسْلِمِ(١) طَعَامًا:

لَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَ فِيهِ طَعَامًا آخَرَ أَكْثَرَ منه، لَا مِنْ جِنْسِهِ وَلَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ طَعَامِهِ فِي الْكَيْلِ، والْجِنْسِ، وَالصِّفَةِ، فِيمَا حَكَاهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ: جَازَ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُهُ عَلَى الْعَرَضِ(٢).

[٢١٤٧/ب] وَكَذَلِكَ يَجُوزُ عِنْدَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الطَّعَامِ الْمُسْلَمِ فِيهِ طَعَامًا مِنْ صِفَتِهِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ جَوْدَةً؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ مِنْ بَابِ الْبَدَلِ فِي الدَّنَانِيرِ.

وَالْإِحْسَانُ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ عَلَيْهِ قَمْحٌ فَيَأْخُذَ بِمَكِيلَتِهِ شَعِيرًا.

وَهَذَا كُلُّهُ مِنْ شَرْطِهِ عِنْدَ مَالِكٍ(٣) أَنْ لَا يَتَأَخَّرَ الْقَبْضُ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ.

وَإِنْ كَانَ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ عَيْنًا وَأَخَذَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عَيْنًا مِنْ جِنْسِهِ:

جَازَ مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنْهُ، وَلَمْ يَتَّهِمْهُ عَلَى بَيْعِ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ نَسِيئَةً إِذَا كَانَ مِثْلَهُ أَوْ أَقَلَّ، وَإِنْ أَخَذَ دَرَاهِمَ فِي دَنَانِيرَ لَمْ يَتَّهِمْهُ عَلَى الصَّرْفِ الْمُتَأَخِّرِ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَخَذَ فِيهِ دَنَانِيرَ مِنْ غَيْرِ صِنْفِ الدَّنَانِيرِ الَّتِي هِيَ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ.

[٢١٤٧/ج] وَأَمَّا بَيْعُ السَّلَمِ مِنْ غَيْرِ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ:

فَيَجُوزُ بِكُلِّ شَيْءٍ يَجُوزُ التَّبَايُعُ بِهِ مَا لَمْ يَكُنْ طَعَامًا؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

---

(١) في (م): «السلم». (٢) في (أ): «القرض».

(٣) ينظر كلامه في «الموطأ» (٢/ ٧٤).

٢١٤٨ وَأَمَّا الْإِقَالَةُ:

فَمِنْ شَرْطِهَا ـ عِنْدَ مَالِكٍ ـ أَنْ لَا يَدْخُلَهَا زِيَادَةٌ وَلَا نُقْصَانٌ، فَإِنْ دَخَلَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ كَانَتْ بَيْعًا مِنَ الْبُيُوعِ، وَدَخَلَهَا مَا يَدْخُلُ الْبُيُوعَ ـ أَعْنِي: أَنَّهَا تَفْسُدُ عِنْدَهُ بِمَا يُفْسِدُ بُيُوعَ الْآجَالِ، مِثْلُ أَنْ يَتَذَرَّعَ إِلَى بَيْعٍ وَسَلَفٍ، أَوْ إِلَى: ضَعْ وَتَعَجَّلْ، أَوْ إِلَى بَيْعِ السَّلَمِ بِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

مِثَالُ ذَلِكَ: فِي دُخُولِ بَيْعٍ وَسَلَفٍ بِهِ إِذَا حَلَّ الْأَجَلُ، فَأَقَالَهُ عَلَى أَنْ أَخَذَ الْبَعْضَ، وَأَقَالَ مِنَ الْبَعْضِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُهُ التَّذَرُّعُ إِلَى بَيْعٍ وَسَلَفٍ.

وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَقُولَانِ بِتَحْرِيمِ بُيُوعِ الذَّرَائِعِ.

٢١٤٩ (مَسْأَلَةٌ):

[أ/ ٣٨٠ظ] **اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي الشِّرَاءِ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ مِنَ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ شَيْئًا بَعْدَ الْإِقَالَةِ (مِمَا لَا يَجُوزُ قَبْلَ الْإِقَالَةِ:

فَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ أَصْلًا، وَرَأَى أَنَّ الْإِقَالَةَ)(١) ذَرِيعَةٌ إِلَى أَنْ يُجَوِّزَ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا يَجُوزُ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢) وَأَصْحَابُهُ، وَمَالِكٌ(٣) وَأَصْحَابُهُ.

إِلَّا أَنَّ(٤) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، إِذْ كَانَ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَمَالِكٌ يَمْنَعُ ذَلِكَ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي يُمْنَعُ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ [ب/ ٣٣٣ظ] قَبْلَ الْقَبْضِ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ قَبْلَ هَذَا مِنْ مَذْهَبِهِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) المبسوط (١٢/ ١٤٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٣).

(٣) «الذخيرة» (٥/ ١٥٤)، «البيان والتحصيل» (٧/ ١١١).

(٤) في (م): «أنه».

وَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ أَجَازَهُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِي(١)، وَالثَّوْرِيُّ(٢).

وَحُجَّتُهُمْ: أَنَّ بِالْإِقَالَةِ قَدْ مَلَكَ رَأْسَ مَالِهِ، فَإِذَا مَلَكَهُ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا أَحَبَّ، وَالظَّنُّ الرَّدِيءُ بِالْمُسْلِمِينَ غَيْرُ جَائِزٍ.

قَالَ: وَأَمَّا حَدِيثُ [م/ ٢١٠ظ] أَبِي سَعِيدٍ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا وَقَعَ النَّهْيُ فِيهِ قَبْلَ الْإِقَالَةِ.

٢١٥٠ (مَسْأَلَةٌ):

اخْتَلَفُوا إِذَا نَدِمَ الْمُبْتَاعُ فِي السَّلَمِ:

فَقَالَ لِلْبَائِعِ: أَقِلْنِي وَأَنْظِرْكَ بِالثَّمَنِ الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ وَطَائِفَةٌ: ذَلِكَ لَا يَجُوزُ(٣).

وَقَالَ قَوْمٌ: ذلك يَجُوزُ(٤).

وَاعْتَلَّ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ؛ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي، لَمَّا حَلَّ لَهُ الطَّعَامُ عَلَى الْبَائِعِ أَخَّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَقيلَهُ، فَكَانَ ذَلِكَ مِنْ بَابِ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.

وَقَوْمٌ اعْتَلُّوا لِمَنْعِ ذَلِكَ بِأَنَّهُ مِنْ بَابِ فَسْخِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَالَّذِينَ رَأَوْهُ جَائِزًا: رَأَوْا أَنَّهُ بَاب الْمَعْرُوفِ وَالْإِحْسَانِ الَّذِي أَمَرَ اللهُ تَعَالَى بِهِ. قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا صَفْقَتَهُ أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا(٥) أَظَلَّهُ اللهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»**(٦).

---

(١) «تحفة المحتاج (٤/ ٤٠٦)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٩٠).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٧).

(٣) «الموطأ» (٢/ ٥٩)، «الاستذكار» (٦/ ٢٦٧).

(٤) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٧).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «مسلمًا».

(٦) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩) من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا، أَقَالَهُ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»**. =

٢١٥١ (**مَسْأَلَةٌ**):

أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ إذا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ إِلَى أَجَلٍ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ قبل محل الْأَجَلِ وَبَعْدَهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَخْذُهَا(١).

٢١٥٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْعُرُوضِ الْمُؤَجَّلَةِ مِنَ السَّلَمِ وَغَيْرِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ وَالْجُمْهُورُ: إِنْ أَتَى بِهَا قَبْلَ مَحِلِّ الْأَجَلِ لَمْ يَلْزَم أَخْذُهَا(٢).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَتَغَيَّرُ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ النضارَةُ لَزِمَهُ أَخْذُهُ؛ كَالنُّحَاسِ وَالْحَدِيدِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ النضَارَةُ كَالْفَوَاكِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ(٣).

وَأَمَّا إِذَا أَتَى بَعْدَ مَحِلِّ الْأَجَلِ:

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُ مَالِكٍ(٤):

فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ: يَلْزَمُهُ قَبْضُهُ، مِثْلُ أَنْ يُسْلِمَ فِي قَطَائِفِ الشِّتَاءِ، فَيَأْتِي بِهَا فِي الصَّيْفِ، فَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَجَمَاعَةٌ: لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ(٥).

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ فِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قَبْضُ الْعُرُوضِ قَبْلَ مَحِلِّ الْأَجَلِ، مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ [أ/٣٨١و] مِنْ ضَمَانِهِ إِلَى الْوَقْتِ الْمَضْرُوبِ الَّذِي قَصَدَهُ، وَلِمَا عَلَيْهِ مِنَ الْمُؤْنَةِ فِي ذَلِكَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ، إِذْ لَا مُؤْنَةَ فِيهَا.

وَمَنْ لَمْ يُلْزِمْهُ بَعْدَ الْأَجَلِ: فَحُجَّتُهُ أَنَّهُ رَأَى أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعَرْضِ إِنَّمَا كَانَ وَقْتَ الْأَجَلِ لَا غَيْرَهُ.

= وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٤): «قال أبو الفتح القشيري: هو على شرطهما وصحَّحه ابن حزم».

وأخرج مسلم (٣٠٠٦): «**مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَوْ وَضَعَ عَنْهُ، أَظَلَّهُ اللهُ فِي ظِلِّهِ**».

(١) من (م).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٩).

(٣) «نهاية المحتاج» (٤/ ١٩٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٠٦).

(٤) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٣٦)، «الشرح الكبير» (٣/ ٢١٤)، «الخرشي» (٥/ ٢٢١)، «الذخيرة» (٥/ ٢٧٧).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٧).

وَأَمَّا مَنْ أَجَازَ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ - أَعْنِي: بَعْدَ الْأَجَلِ وقَبْلَهُ - فَشَبَّهَهُ بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ.

٢١٥٣ (**مَسْأَلَةٌ**):

اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيمَنْ أَسْلَمَ إِلَى آخَرَ أَوْ بَاعَ مِنْهُ طَعَامًا عَلَى مَكِيلَةٍ مَا، فَأَخْبَرَ الْبَائِعُ أَوِ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ الْمُشْتَرِيَ بِكَيْلِ الطَّعَامِ، هَلْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبِضَهُ مِنْهُ دُونَ أَنْ يَكِيلَهُ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي ذَلِك عَلَى تَصْدِيقِهِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ(١): ذَلِكَ جَائِزٌ فِي السَّلَمِ، وَفِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ النَّقْدِ، وَإِلَّا خِيفَ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ الرِّبَا، كَأَنَّهُ إِنَّمَا صَدَّقَهُ فِي الْكَيْلِ لِمَكَانِ أَنَّهُ أَنْظَرَهُ بِالثَّمَنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢)، وَالشَّافِعِيُّ(٣)، وَالثَّوْرِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَاللَّيْثُ(٤): لَا يَجُوزُ ذَلِكَ حَتَّى يَكِيلَهُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي مَرَّةً ثَانِيَةً، بَعْدَ أَنْ كَالَهُ لِنَفْسِهِ بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ.

وَحُجَّتُهُمْ: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَكِيلَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَكِيلَهُ الْبَائِعُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِنْ شَرْطِ الْبَيْعِ الْكَيْلُ(٥) فَكَذَلِكَ الْقَبْضُ(٦).

(وَاحْتَجُّوا بِمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ

---

(١) انظر: «شرح التلقين» (٢/ ٢٢٦)، «الذخيرة» (٥/ ١٣٧).

(٢) انظر: «المبسوط» (١٢/ ١٦٦)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٨١).

وقال الماوردي: «اختلف أصحابنا فِي صورة هذه المسألة: فقال بعضهم: صورتها فِي رجل أسلم في طعام إلى رجل، فلما حلَّ الطعام باعه على آخر قبل قبضه؛ فهذا بيع باطل». «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٣٠)، وانظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٧٤). وهو مذهب الحنابلة. انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٣١٠).

(٣) من (م).

(٤) كما في «الاستذكار» (٦/ ٥٠٠).

(٥) من (م).

(٦) «الاستذكار» (٦/ ٥٠٠).

بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ: صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي»[(١)(٢)].

٢١٥٤ وَاخْتَلَفُوا إِذَا هَلَكَ الطَّعَامُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْكَيْلِ، وَاخْتَلَفَا[(٣)] فِي الْكَيْلِ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ[(٥)].

وَقَالَ مَالِكٌ[(٦)]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَدَّقَهُ[(٧)] الْمُشْتَرِي عِنْدَ قَبْضِهِ إِيَّاهُ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عِنْدَهُ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ يَجُوزُ بِنَفْسِ تَصْدِيقِه[(٨)].

الْبَابُ الثَّالِثُ:

فِي اخْتِلَافِ [ب/ ٣٣٤و] الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي السَّلَمِ:

وَالْمُتَبَايِعَانِ فِي السَّلَمِ، إِمَّا أَنْ يَخْتَلِفَا:

(أ) فِي قَدْرِ الثَّمَنِ.

(ب) أَوِ الْمَثْمُونِ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، وعبد بن حميد (١٠٥٩)، والدارقطني (٣/ ٨)، والبيهقي (٥/ ٣١٦)، في «معرفة السُّنن» (٨/ ١١٠) من طريق ابن أبي ليلى، عن أبي الزبير، عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يباع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري.
قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣/ ٢٤): «هذا إسناد ضعيفٌ؛ لضعف محمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى».

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) في (م): «واختلفوا».

(٤) «الحاوي» (٥/ ٢٩٧)، «روضة الطالبين» (٣/ ٥٧٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٩٥)، «أسنى المطالب» (٢/ ١١٤).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٩٦).

(٦) «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٢٧، ٢٢٨)، «مواهب الجليل (٤/ ٥٠٩)، «التاج والإكليل» (٤/ ٥٠٩، ٥١٠)، «الخرشي» (٥/ ١٩٦ ـ ١٩٧).

(٧) في (ب): «قصده».

(٨) «الاستذكار» (٦/ ٤٩٦).

(ج) وَإِمَّا فِي جِنْسِهِمَا.

(د) وَإِمَّا فِي الْأَجَلِ.

(هـ) وَإِمَّا فِي مَكَانِ قَبْضِ السَّلَمِ.

أَمَّا اخْتِلَافُهُما فِي قَدْرِ الْمُسْلَمِ فِيهِ:

فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ إِنْ أَتَى بِمَا يُشْبِهُ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ أَيْضًا ـ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِنْ أَتَى أَيْضًا بِمَا يُشْبِهُ، فَإِنْ أَتَيَا بِمَا لَا يُشْبِهُ، فَالْقِيَاسُ أَنْ يَتَحَالَفَا وَيَتَفَاسَخَا.

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُما فِي جِنْسِ الْمُسْلَمِ فِيهِ:

فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ التَّحَالُفُ وَالتَّفَاسُخُ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ **أَحَدُهُمَا**: أَسْلَمْتُ فِي تَمْرٍ، وَيَقُولُ **الْآخَرُ**: فِي قَمْحٍ.

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُما فِي الْأَجَلِ:

[أ/ ٣٨١ظ] فَإِنْ كَانَ فِي حُلُولِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ.

وَإِنْ كَانَ فِي [م/ ٢١١و] قَدْرِهِ فَالْقَوْلُ أَيْضًا قَوْلُ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِمَا لَا يُشْبِهُ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُسْلِمُ وَقْتَ إِبَّانِ السَّلَمِ، وَيَدَّعِيَ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ غَيْرَ ذَلِكَ الْوَقْتِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ.

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُما فِي مَوْضِعِ الْقَبْضِ:

فَالْمَشْهُورُ: أَنَّ مَنِ ادَّعَى مَوْضِعَ عَقْدِ السَّلَمِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ.

وَخَالَفَ سَحْنُونٌ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، فَقَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ(١).

---

(١) ليست في (ب).

وَإِنِ ادَّعَى الْقَبْضَ(١) فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا.

وَأَمَّا اخْتِلَافُهُما فِي الثَّمَنِ:

فَحُكْمُهُ حُكْمُ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

(تَمَّ كِتَابُ السَّلَمِ، وَالْحَمْدُ للهِ حَقَّ حَمْدِهِ)(٢).

---

(١) في (أ): «الإقباض».

(٢) من (م).

كِتَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ

٢١٥٥ وَالنَّظَرُ فِي أُصُولِ هَذَا الْبَابِ[١]:

أَمَّا الْأَوَّلُ[٢] فَهَلْ يَجُوزُ أَمْ لَا؟

وَإِنْ جَازَ، فَكَمْ مُدَّةُ الْخِيَارِ؟

وَهَلْ يُشْتَرَطُ النَّقْدِيَّةُ[٣] فِيهِ أَمْ لَا؟

وَمِمَّنْ ضَمَانُ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ؟

وَهَلْ يُورَثُ الْخِيَارُ أَمْ لَا؟

وَمَنْ يَصِحُّ خِيَارُهُ مِمَّنْ لَا يَصِحُّ؟

وَمَا يَكُونُ مِنَ الْأَفْعَالِ خِيَارًا كَالْقَوْلِ؟

أَمَّا جَوَازُ الْخِيَارِ:

فَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ[٤]، (إِلَّا الثَّوْرِيَّ، وَابْنَ شُبْرُمَةَ، وَطَائِفَةً مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ)[٥].

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

حَدِيثُ حَبَّانَ[٦] بْنِ مُنْقِذٍ، وَفِيهِ: «**وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا**»[٧].

---

(١) في (م): «الكتاب».
(٢) في (م): «أولا».
(٣) في (م): «النقد».
(٤) انظر: «المبسوط» (١٣/ ٤٧)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٠١)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٧)، «الممتع شرح المقنع» (٢/ ٤٢٣).
(٥) ما بين القوسين ليس في (م). وانظر: «الاستذكار»، لابن عبد البر (٦/ ٤٨٤).
(٦) بفتح الحاء ـ كما في «تلخيص المتشابه في الرسم» (١/ ١٠٨).
(٧) أخرجه الحميدي (٦٦٢)، وابن أبي شيبة (٥٩٤)، وعنه: ابن ماجه (٢٣٥٥).

وَمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ**»[(١)].

وَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَهُ:

أَنَّهُ غَرَرٌ، وَأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ اللُّزُومُ فِي الْبَيْعِ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ عَلَى الْخِيَارِ مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ ثَابِتَةٍ، أَوْ إِجْمَاعٍ.

قَالُوا: وحَدِيثُ حَبَّانَ إِمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ[(٢)].

وَإِمَّا أَنَّهُ خَاصٌّ لَمَّا شَكَا إِلَيْهِ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ. قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، وَقَوْلُهُ فِيهِ: «**إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ**»، فَقَدْ فُسِّرَ الْمَعْنَى الْمُرَادُ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَهُوَ مَا وَرَدَ فِيهِ مِنْ لَفْظٍ آخَرَ وَهُوَ: «**أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ**»[(٣)].

٢١٥٦ وَأَمَّا مُدَّةُ الْخِيَارِ عِنْدَ الَّذِينَ قَالُوا بِجَوَازِهِ:

فَرَأَى مَالِكٌ: أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ قَدْرٌ مَحْدُودٌ فِي نَفْسِهِ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَقَدَّرُ بِتَقَدُّرِ الْحَاجَةِ إِلَى اخْتِبَارِ الْمَبِيعَاتِ، وَذَلِكَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الْمَبِيعَاتِ، فَقَالَ: مِثْلُ الْيَوْمِ وَالْيَوْمَيْنِ - فِي اخْتِبَارِ الثَّوْبِ، وَالْجُمُعَةِ وَالْخَمْسَةِ الْأَيَّامِ - فِي اخْتِبَارِ[(٤)] الْجَارِيَةِ، وَالشَّهْرِ وَنَحْوِهِ فِي اخْتِبَارِ الدَّارِ.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ الْأَجَلُ الطَّوِيلُ الَّذِي فِيهِ فَضْلٌ عَنِ اخْتِبَارِ [أ/ ٣٨٢و] الْمَبِيعِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٥)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٦)]: أَجَلُ الْخِيَارِ (ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).

(٢) للاختلاف الواقع فيها؛ هل صاحب القصة حَبان بن منقذ بن عمرو، كما جاء في بعض الطرق، أم هي لوالده؟ وسواء كانت لهذا أو ذاك؛ فإن راويها عنهما: محمد بن يحيى، لم يدرك واحدًا منهما! ينظر: «التمهيد» (١٧/ ٨)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٣).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٠٩). (٤) في (م): «اختيار».

(٥) قال الشيرازي: «ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غرر». «المهذب» (٢/ ٥). وانظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٤).

(٦) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٩)، «الاختيار» (٢/ ١٢).

وَقَالَ أَحْمَدُ[(١)]، وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[(٢)]: يَجُوزُ الْخِيَارُ)[(٣)] لِأَيِّ مُدَّةٍ اشْتُرِطَتْ، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[(٤)].

٢١٥٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْخِيَارِ الْمُطْلَقِ دُونَ الْمُقَيَّدِ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ:

فَقَالَ الثَّوْرِيُّ وَالْحَسَنُ بْنُ حَيٍّ وَجَمَاعَةٌ[(٥)] بِجَوَازِ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ مُطْلَقًا، وَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ أَبَدًا[(٦)].

وَقَالَ مَالِكٌ[(٧)]: يَجُوزُ الْخِيَارُ الْمُطْلَقُ، وَلَكِنَّ السُّلْطَانَ يَضْرِبُ فِيهِ أَجَلَ مِثْلِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٨)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٩)]: لَا يَجُوزُ بِحَالٍ الْخِيَارُ الْمُطْلَقُ، وَيَفْسُدُ الْبَيْعُ.

[٢١٥٧/...] وَاخْتَلَفَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ [ب/٣٣٤ظ] إِنْ وَقَعَ الْخِيَارُ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ (من الْخِيَارِ الْمُطْلَقِ:

---

(١) انظر: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٧)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٠٤).

(٢) قال القدوري: «جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز أكثر من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز إذا سمَّى مدة معلومة». «مختصر القدوري» (ص٦٣).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) كما في «الاستذكار» (٦/ ٤٨٤).

(٥) كما في «الاستذكار» (٦/ ٤٨٣).

(٦) ونسبه ابن المنذر لإسحاق بن راهويه. انظر: «الأوسط» (١٠/ ٢٣١).

(٧) قال المازَرِي: «مذهب مالك رضي الله عنه: أنّ البيع صحيح، ويضرب من أمد الخيار الّذي أطلقاه ما جرت به العادة في اختبار جنس ذلك المبيع». «شرح التلقين» (٢/ ٥٣٨). وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٦٩٣).

(٨) قال السمرقندي: «الخيار المفسد ثلاثة أنواع:
بأن ذكر الخيار مؤبدًا، بأن قال: بعت أو اشتريت على أني بالخيار أبدًا.
أو ذكر الخيار مطلقًا ولم يبين وقتًا أصلًا؛ بأن قال: على أني بالخيار.
أو ذكر وقتًا مجهولًا؛ بأن قال: على أنِّي بالخيار أيامًا ولم يبين وقتًا معلومًا». «تحفة الفقهاء» (٢/ ٦٥). وانظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ١٤).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/ ٦٥)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٤).

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): إِنْ وَقَعَ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ)(٢) جَازَ، وَإِنْ مَضَتِ الثَّلَاثَةُ فَسَدَ الْبَيْعُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): بَلْ هُوَ فَاسِدٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

فَهَذِهِ هِيَ أَقَاوِيلُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَهِيَ:

هَلْ يَجُوزُ مُطْلَقًا أَوْ مُقَيَّدًا؟

وَإِنْ جَازَ مُقَيَّدًا، فَكَمْ مِقْدَارُهُ؟

وَإِنْ لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا، فَهَلْ مِنْ شَرْطِ ذَلِكَ أَنْ لَا يَقَعَ الْخِيَارُ فِي الثَّلَاثة أَمْ لَا يَجُوزُ بِحَالٍ - وَإِنْ وَقَعَ فِي الثَّلَاثِ؟

وأَمَّا أَدِلَّتُهُمْ:

فَإِنَّ عُمْدَةَ مَنْ لَمْ يُجِزِ الْخِيَارُ [م/ ٢١١ظ] هُوَ مَا قُلْنَاهُ(٤).

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزِ الْخِيَارَ إِلَّا ثَلَاثًا:

فَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ أَنْ لَا يَجُوزَ الْخِيَارُ فَلَا يَجُوزُ مِنْهُ إِلَّا مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ فِي حَدِيثِ مُنْقِذِ ابْنِ حَبَّانَ، أَوْ حَبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ(٥)، وَذَلِكَ كَسَائِرِ الرُّخَصِ الْمُسْتَثْنَاةِ مِنَ الْأُصُولِ، مِثْلُ اسْتِثْنَاءِ الْعَرَايَا مِنَ الْمُزَابَنَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

---

(١) وخالف في ذلك زفر من الحنفية، قال فِي «الاختيار» (٢/ ١٣): «ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أو لم يبين وقتًا، أو ذكر وقتًا مجهولًا؛ فأجاز في الثلاث أو أسقطه، أو سقط بموته أو بموت العبد، أو أعتقه المشتري، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد؛ ينقلب جائزًا خلافًا لزفر؛ لأنه انعقد فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا». وانظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ١٥).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) قال النووي: «ولا يجوز شرط الخيار مطلقًا، ولا تقديره بمدةٍ مجهولة. فإن فعل: بطل العقد». انظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٥).

(٤) في (ب): «نقلناه».

(٥) الأصح: (حَبَّان بن مُنْقِذ، أو والده منقذ بن عمرو)، لأنهم وإن اختلفوا أيهما صاحب القصة، لكن لم يقل أحدٌ إن الوالد منقذ بن حَبَّان؛ فتأمل.

قَالُوا: وَقَدْ جَاءَ تَحْدِيدُ الْخِيَارِ بِالثَّلَاثِ، فِي حَدِيثِ الْمُصَرَّاةِ، (وَهُوَ قَوْلُهُ: «مَنِ اشْتَرَى)[١] مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»[٢].

وَأَمَّا حَدِيثُ مُنْقِذٍ:

فَأَشْبَهُ طُرُقِهِ الْمُتَّصِلَةِ، مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ لِمُنْقِذٍ، وَكَانَ يُخْدَعُ فِي الْبَيْعِ: «**إِذَا بِعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا**»[٣].

وَأَمَّا عُمْدَةُ أَصْحَابِ مَالِكٍ:

فَهُوَ أَنَّ الْمَفْهُومَ مِنَ الْخِيَارِ هُوَ اخْتِيَارُ الْمَبِيعِ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَحْدُودًا بِزَمَانِ إِمْكَانِ اخْتِيَارِ الْمَبِيعِ[٤]، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ المَبِيعِ، فَكَأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ عِنْدَهُمْ؛ تَنْبِيهًا عَلَى هَذَا الْمَعْنَى، وَهُوَ عِنْدَهُمْ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ.

(وَعِنْدَ الطَّائِفَةِ الْأُولَى مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ)[٥].

٢١٥٨ وَأَمَّا اشْتِرَاطُ النَّقْدِ:

فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ[٦]؛ لِتَرَدُّدِهِ عِنْدَهُمْ بَيْنَ السَّلَفِ وَالْبَيْعِ.

وَفِيهِ ضَعْفٌ[٧].

٢١٥٩ وَأَمَّا مِمَّنْ ضَمَانُ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ؟

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) أخرجه مسلم (١٥٢٤).
(٣) أخرجه ـ من هذا الطريق ـ الحميدي (٦٦٢)، وابن أبي شيبة (٥٩٤).
(٤) في (ب): «البيع».
(٥) ما بين القوسين ليس في (م).
(٦) «الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/٩٦).
(٧) قال الخرشي: «وفيه نظر؛ لأن شرط النقد لا يحصل به التردد بين السلفية والثمنية، والأحسن أن يقال: لما كان يحصل النقد مع شرطه غالبًا ـ أوجب اشتراط النقد الفساد؛ تنزيلًا للغالب منزلة اللازم». «شرح مختصر خليل» (٥/١١٣).

فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ(١)، [أ/ ٣٨٢ظ] وَاللَّيْثُ(٢)، وَالْأَوْزَاعِيُّ(٣): مُصِيبَتُهُ مِنَ الْبَائِعِ، وَالْمُشْتَرِي أَمِينٌ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا.

وَقَدْ قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: إِنَّهُ إِنْ كَانَ هَلَكَ بِيَدِ الْبَائِعِ فَلَا خِلَافَ فِي ضَمَانِهِ إِيَّاهُ.

وَإِنْ كَانَ هَلَكَ بِيَدِ الْمُشْتَرِي: فَالْحُكْمُ كَالْحُكْمِ فِي الرَّهْنِ وَالْعَارِيَةِ؛ إِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ فَضَمَانُهُ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَضَمَانُهُ مِنَ الْبَائِعِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): إِنْ كَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ لِكِلَيْهِمَا، أَوْ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ: فَضَمَانُهُ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمَبِيعِ عَلَى مِلْكِهِ.

وأَمَّا إِنْ كَانَ شَرْطُ(٥) الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ: فَقَدْ خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَلَمْ يَدْخُلْ في ملك الْمُشْتَرِي، وَبَقِيَ مُعَلَّقًا حَتَّى يَنْقَضِيَ الْخِيَارُ.

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ قد دَخَلَ عِنْدَهُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي.

وَلِلشَّافِعِيِّ **قَوْلَانِ**(٦):

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّ الضَّمَانَ مِنَ الْمُشْتَرِي لِأَيِّهِمَا كَانَ الْخِيَارُ.

فَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّ الضَّمَانَ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى كُلِّ حَالٍ: أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ،

---

(١) انظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٠٣)، «التاج والإكليل» (٤/ ٤٢٢).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٨٦). (٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٨٦).

(٤) قال المرغيناني: «وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه؛ لأنَّ تمام هذا السبب بالمراضاة، ولا تتم مع الخيار؛ ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشتري التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع. فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة». «البناية شرح الهداية» (٨/ ٥٥). وانظر: «فتح القدير» (٦/ ٣٠٦).

(٥) في (م): «شرطه». (٦) «الحاوي الكبير» (٥/ ٦٧).

فَلَمْ يَنْقِلِ الْمِلْكَ عَنِ الْبَائِعِ، كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ، وَلَمْ يَقُلِ الْمُشْتَرِي: قَبِلْتُ.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ مِنَ الْمُشْتَرِي: تَشْبِيهُهُ بِالْبَيْعِ اللَّازِمِ!

وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِقِيَاسِهِ مَوْضِعَ الْخِلَافِ عَلَى مَوْضِعِ الِاتِّفَاقِ.

وَأَمَّا مَنْ جَعَلَ[1] الضَّمَانَ لِمُشْتَرِطِ الْخِيَارِ إِذَا اشترطه أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَشْتَرِطْهُ الثَّانِي؛ فَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ هُوَ الْمُشْتَرِطَ: فَالْخِيَارُ لَهُ فِي إِبْقَاءِ الْمَبِيعِ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُشْتَرِطَ لَهُ فَقَطْ؛ فَقَدْ صَرَفَهُ الْبَائِعُ عَلَى[2] مِلْكِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَدْخُلَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي.

(وَمَنْ قَالَ يَخْرُجُ مِنْ مِلْكِ [ب/٣٣٥و] الْبَائِعِ، وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي)[3] إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي اشْتَرَطَهُ فَقَطْ، قَالَ: قَدْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ خِيَارًا، وَلَمْ يَلْزَمْ أَنْ يَدْخُلَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي دُخُولِهِ، وَلَكِنَّ هذا الْقَوْلَ يُمَانِعُ الْحُكْمَ، فَإِنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مُصِيبَتُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا.

وَالْخِلَافُ آيِلٌ إِلَى: هَلِ الْخِيَارُ مُشْتَرَطٌ لِإِيقَاعِ الْفَسْخِ فِي الْمَبِيعِ أَوْ لِتَتْمِيمِ الْمَبِيعِ؟ فَإِذَا قُلْنَا: بِفَسْخِهِ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ.

وَإِذَا قُلْنَا: لِتَتْمِيمِهِ فَهُوَ فِي ضَمَانِهِ.

٢١٦٠ **وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ** - وَهِيَ (هَلْ يُورَثُ)[4] خِيَارُ الْمَبِيعِ أَمْ لَا؟

فَإِنَّ مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ، وَأَصْحَابَهُمَا[5]، قَالُوا: يُورَثُ، وَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ صَاحِبُ الْخِيَارِ فَلِوَرَثَتِهِ [أ/٣٨٣و] مِنَ الْخِيَارِ مِثْلُ مَا كَانَ لَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[6]: يَبْطُلُ الْخِيَارُ بِمَوْتِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، وَيَتِمُّ الْبَيْعُ، وَهَكَذَا عِنْدَهُ خِيَارُ الشُّفْعَةِ، وَخِيَارُ قَبُولِ [م/٢١٢و] الْوَصِيَّةِ، وَخِيَارُ الْإِقَالَةِ.

---

(١) في (أ): «رأى جعل». (٢) في (أ): «عن».
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ). (٤) مكانها بياض في (م).
(٥) «المدونة» (٤/ ١٧٢)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤٣٩).
(٦) «البناية» (٨/ ٦٧)، «فتح القدير» (٦/ ٣١٨).

وَسَلَّمَ لَهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ[١] خِيَارَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ قَالَ: يُورَثُ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ اسْتِحْقَاقِ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقَسْمِ، وَخِيَارُ الْقِصَاصِ، وَخِيَارُ الرَّهْنِ.

وَسَلَّمَ لَهُمْ مَالِكٌ خِيَارَ رَدِّ الْأَبِ مَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ لَمْ يَرَ لِوَرَثَةِ الْمَيِّتِ مِنَ الْخِيَارِ فِي رَدِّ مَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ ـ مَا جَعَلَ لَهُ الشَّرْعُ مِنْ ذَلِكَ ـ أَعْنِي: لِلْأَبِ ـ (وَكَذَلِكَ خِيَارُ الْكِتَابَةِ وَالطَّلَاقِ، وَاللِّعَانِ)[٢].

وَمَعْنَى خِيَارُ الطَّلَاقِ، أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِرَجُلٍ آخَرَ: طَلِّقِ امْرَأَتِي مَتَى شِئْتَ، فَيَمُوتُ الرَّجُلُ الْمَجْعُولُ لَهُ الْخِيَارُ، فَإِنَّ وَرَثَتَهُ لَا يَتَنَزَّلُونَ مَنْزِلَتَهُ عِنْدَ مَالِكٍ[٣].

وَسَلَّمَ الشَّافِعِيُّ[٤] مَا سَلَّمَتِ الْمَالِكِيَّةُ لِلْحَنَفِيَّةِ مِنْ هَذِهِ الْخِيَارَاتِ، وَسَلَّمَ زَائِدًا خِيَارَ الْإِقَالَةِ وَالْقَبُولِ، فَقَالَ: لَا يُورَثَانِ.

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ: أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ أَنْ تُورَّثَ الْحُقُوقُ وَالْأَمْوَالُ؛ إِلَّا مَا قَامَ دَلِيلٌ عَلَى مُفَارَقَةِ الْحَقِّ فِي هَذَا الْمَعْنَى لِلْمَالِ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ: أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ أَنْ تُورَّثَ الأموال دُونَ الْحُقُوقِ؛ إِلَّا مَا قَامَ دَلِيلُهُ مِنْ إِلْحَاقِ الْحُقُوقِ بِالْأَمْوَالِ.

فَمَوْضِعُ الْخِلَافِ:

هَلِ الْأَصْلُ هُوَ أَنْ تُورَّثَ الْحُقُوقُ كَالْأَمْوَالِ أَمْ لَا؟

وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ يُشَبِّهُ مِنْ هَذَا مَا لَمْ يُسْلِمْهُ لَهُ خَصْمُهُ مِنْهَا بِمَا يُسْلِمُهُ مِنْهَا لَهُ، وَيَحْتَجُّ عَلَى خَصْمِهِ.

فَالْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ: تَحْتَجُّ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ بِتَسْلِيمِهِ وِرَاثَةَ[٥] خِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَيُشَبِّهُ سَائِرَ الْخِيَارَاتِ الَّتِي يُورِّثُهَا بِهِ.

---

(١) «المبسوط» (١٣/ ٤٢)؛ «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٦٨).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) «التمهيد» (١٤/ ٣٣)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٠).

(٤) «الوسيط» (٣/ ١٠٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٥).

(٥) في (أ): «توريث».

وَالْحَنَفِيَّةُ تَحْتَجُّ أَيْضًا عَلَى الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ بِمَا تَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ.

٢١٦١ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَرُومُ أَنْ يُعْطِيَ فَارِقًا فِيمَا يَخْتَلِفُ فِيهِ قَوْلُهُ، وَمُشَابِهًا فِيمَا يَتَّفِقُ فِيهِ قَوْلُهُ، وَيَرُومُ فِي قَوْلِ خَصْمِهِ بِالضِّدِّ - أَعْنِي: أَنْ يُعْطِيَ فَارِقًا فِيمَا يَضَعُهُ الْخَصْمُ مُتَّفِقًا، وَيُعْطِي اتِّفَاقًا فِيمَا يَضَعُهُ الْخَصْمُ مُتَبَايِنًا - مِثْلُ مَا تَقُولُ الْمَالِكِيَّةُ: إِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ خِيَارَ الْأَبِ فِي رَدِّ هِبَتِهِ لَا يُوَرَّثُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خِيَارٌ رَاجِعٌ إِلَى صِفَةٍ فِي الْأَبِ لَا تُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهِيَ الْأُبُوَّةُ، فَوَجَبَ [أ/٣٨٣ظ] أَنْ لَا يُوَرَّثَ لَا إِلَى صِفَةٍ فِي الْعَقْدِ.

وَهَذَا هُوَ سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي خِيَارٍ خِيَارٍ - أَعْنِي: أَنَّهُ مَنِ انْقَدَحَ لَهُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا أَنَّهُ صِفَةٌ لِلْعَقْدِ وَرَّثَهُ، وَمَنِ انْقَدَحَ لَهُ أَنَّهُ صِفَةٌ خَاصَّةٌ بِذِي الْخِيَارِ لَمْ يُوَرِّثْهُ.

٢١٦٢ **وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ** - وَهِيَ مَنْ يَصِحُّ خِيَارُهُ؟

فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى صِحَّةِ خِيَارِ الْمُتَبَايِعَيْنِ[(١)].

٢١٦٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِي اشْتِرَاطِ خِيَارِ الْأَجْنَبِيِّ:

فَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالْبَيْعُ صَحِيحٌ[(٢)].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ[(٣)]: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُ الَّذِي جُعِلَ لَهُ الْخِيَارُ، وَلَا يَجُوزُ الْخِيَارُ عِنْدَهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ[(٤)].

وَلِلشَّافِعِيِّ[(٥)] قَوْلٌ آخَرُ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

---

(١) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٢٧٣)، والنووي في «المجموع» (٩/ ٢٣٣)، وزكريا الأنصاري في «أسنى المطالب» (٢/ ٥٢).

(٢) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٨١، ٤٨٢)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٥٠)، «جامع الأمهات» (ص٣٦٣)، «الخرشي» (٥/ ١٦٢)، «الشرح الصغير» (٣/ ٢٠٣)، «منح الجليل» (٥/ ٢٤٣).

(٣) «الحاوي» (٦/ ٦٤).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٢٤٣).

(٥) «الحاوي» (٦/ ٦٤).

وَبِقَوْلِ مَالِكٍ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١].

[٢١٦٣/...] وَاتَّفَقَ الْمَذْهَبُ[٢] أَنَّ الْخِيَارَ لِلْأَجْنَبِيِّ إِذَا جَعَلَهُ لَهُ الْمُتَبَايِعَانِ، وَأَنَّ قَوْلَهُ لازم لَهُمَا.

وَاخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ[٣] إِذَا جَعَلَهُ أَحَدُهُمَا، فَاخْتَلَفَ الْبَائِعُ، وَمَنْ جَعَلَ لَهُ الْبَائِعُ الْخِيَارَ أَوِ الْمُشْتَرِي، وَمَنْ جَعَلَ لَهُ الْمُشْتَرِي الْخِيَارَ:

فَقِيلَ: الْقَوْلُ فِي الْإِمْضَاءِ وَالرَّدِّ[٤] قَوْلُ الْأَجْنَبِيِّ، سَوَاءٌ اشْتَرَطَ خِيَارَهُ الْبَائِعُ أَوِ الْمُشْتَرِي.

[ب/ ٣٣٥ظ] وَقَالَ عَكْسَ هَذَا الْقَوْلِ مَنْ جَعَلَ خِيَارَهُ هُنَا كَالْمَشُورَةِ.

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ـ أَيْ: إِنَّ الْقَوْلَ فِي الْإِمْضَاءِ وَالرَّدِّ قَوْلُ الْبَائِعِ دُونَ الْأَجْنَبِيِّ، وَقَوْلُ الْأَجْنَبِيِّ دُونَ الْمُشْتَرِي إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُشْتَرِطُ الْخِيَارَ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمَا الْإِمْضَاءَ، وَإِنْ أَرَادَ البائع الْإِمْضَاءَ، وَأَرَادَ الْأَجْنَبِيُّ الَّذِي اشْتَرَطَ الْبَائِعُ خِيَارَ الرَّدِّ، وَوَافَقَهُ الْمُشْتَرِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فِي الْإِمْضَاءِ، وَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ الرَّدَّ، وَأَرَادَ الْأَجْنَبِيُّ الْإِمْضَاءَ وَوَافَقَهُ الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ وَكَذَلِكَ إِنِ اشْتَرَطَ الْخِيَارَ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمُشْتَرِي، فَالْقَوْلُ فِيهِمَا قَوْلُ مَنْ أَرَادَ الْإِمْضَاءَ، وَكَذَلِكَ الْحَالُ فِي الْمُشْتَرِي.

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ فِي هَذَا بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ـ أَيْ: إِنِ اشْتَرَطَهُ الْبَائِعُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَرَادَ الْإِمْضَاءَ مِنْهُمَا، وَإِنِ اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَجْنَبِيِّ.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٨)، تبيين الحقائق» (٤/ ٨٠)، حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٦٦).

(٢) «الشرح الصغير» (٣/ ٢٠٣)، «منح الجليل» (٥/ ٢٤٣).

(٣) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٨٢)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٥٢).

(٤) ليست في (م).

وَهُوَ ظَاهِرُ مَا فِي «الْمُدَوَّنَةِ»[١].

وَهَذَا كُلُّهُ ضَعِيفٌ.

٢١٦٤ وَاخْتَلَفُوا فِيمَنِ اشْتَرَطَ مِنَ الْخِيَارِ مَا لَا يَجُوزُ؛ مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِطَ أَجَلًا مَجْهُولًا، وَخِيَارًا فَوْقَ [م/٢١٢ظ] الثَّلَاثِ عِنْدَ مَنْ لَا يُجَوِّزُ[٢] [أ/٣٨٤و] الْخِيَارَ فَوْقَ الثَّلَاثِ، أَوْ خِيَارَ رَجُلٍ بَعِيدِ الْمَوْضِعِ بِعَيْنِهِ ـ أَعْنِي: أَجْنَبِيًّا:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤]: لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ، وَإِنْ أُسْقِطَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: يَصِحُّ الْبَيْعُ، مَعَ إِسْقَاطِ الشَّرْطِ.

وأَصْلُ الْخِلَافِ: هَلِ الْفَسَادُ الْوَاقِعُ فِي الْبَيْعِ مِنْ قِبَلِ الشَّرْطِ يَتَعَدَّى إِلَى الْعَقْدِ أَمْ لَا يَتَعَدَّى، (وَإِنَّمَا هُوَ فِي الشَّرْطِ فَقَطْ؟

فَمَنْ قَالَ: يَتَعَدَّى: أَبْطَلَ، وَإِنْ أَسْقَطَهُ.

وَمَنْ قَالَ: لَا يَتَعَدَّى)[٦]، قَالَ: الْبَيْعُ يَصِحُّ إِذَا أُسْقِطَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى الْعَقْدُ صَحِيحًا.

(تَمَّ كِتَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ، بِحَمْدِ اللهِ وَحُسْنِ عَوْنِهِ)[٧]

❁ ❁ ❁

---

(١) (٣/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧) ـ كتاب البيِّعين بالخيار.

(٢) في (ب): «يجيز».

(٣) «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٤٨).

(٤) «الوسيط» (٣/ ١٤٨).

(٥) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٥).

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

(٧) ما بين القوسين ليس في (ب).

كِتَابُ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ

٢١٦٥ **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ[١] عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ صِنْفَانِ: مُسَاوَمَةٌ، وَمُرَابَحَةٌ.**

وَأَنَّ الْمُرَابَحَةَ هِيَ أَنْ يَذْكُرَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ السِّلْعَةَ، وَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ رِبْحًا مَا لِلدِّينَارِ أَوِ للدِّرْهَمِ.

٢١٦٦ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ بِالْجُمْلَةِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أ) أَحَدُهُمَا: فِيمَا لِلْبَائِعِ أَنْ يَعُدَّهُ مِنْ رَأْسِ مَالِ السِّلْعَةِ مِمَّا أُنْفِقَ عَلَى السِّلْعَةِ بَعْدَ الشِّرَاءِ، مِمَّا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَعُدَّهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

(ب) وَالْمَوْضِعُ الثَّانِي: إِذَا كَذَبَ (الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي)[٢]؛ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَى بِهِ السِّلْعَةَ، أَوْ وَهَمَ فَأَخْبَرَ بِأَقَلَّ مِمَّا اشْتَرَى بِهِ السِّلْعَةَ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَكْثَرَ.

فَفِي هَذَا الْكِتَابِ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ **بَابَانِ**:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يُعَدُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ مِمَّا لَا يُعَدُّ، وَفِي صِفَةِ رَأْسِ الْمَالِ الَّذِي يَجُوزُ أَنْ يُبْنَى عَلَيْهِ الرِّبْحُ.

الثَّانِي: فِي حُكْمِ مَا وَقَعَ مِنَ الزِّيَادَةِ، والنُّقْصَانِ فِي خَبَرِ[٣] الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ.

---

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن قدامة في «المغني» (٢/ ٤٧٥)، والمنهاجي الأسيوطي في «جواهر العقود» (٢/ ٤٧٥).

(٢) في (م): «المشتري فِي الثمن».

(٣) في (م): «حيز».

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

فَأَمَّا مَا يُعَدُّ فِي الثَّمَنِ مِمَّا لَا يُعَدُّ:

٢١٦٧ فَإِنَّ تَحْصِيلَ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ(١): أَنَّ مَا يَنُوبُ الْبَائِعُ عَلَى السِّلْعَةِ زَائِدًا عَلَى الثَّمَنِ يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ:

(أ) قِسْمٌ يُعَدُّ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، وَيَكُونُ لَهُ حَظٌّ مِنَ الرِّبْحِ.

(ب) وَقِسْمٌ يُعَدُّ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، وَلَا يَكُونُ لَهُ حَظٌّ مِنَ الرِّبْحِ.

(ج) (وَقِسْمٌ لَا يُعَدُّ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، وَلَا يَكُونُ لَهُ حَظٌّ مِنَ الرِّبْحِ)(٢).

فَأَمَّا **الَّذِي يَحْسِبُهُ فِي رَأْسِ الْمَالِ**، وَيَجْعَلُ لَهُ حَظًّا مِنَ الرِّبْحِ: فَهُوَ مَا كَانَ مُؤَثِّرًا فِي (عَيْنِ السِّلْعَةِ مِثْلُ الْخِيَاطَةِ، وَالصَّبْغِ.

وَأَمَّا **الَّذِي يَحْسِبُهُ فِي رَأْسِ الْمَالِ، وَلَا يَجْعَلُ لَهُ حَظًّا مِنَ الرِّبْحِ**: فَمَا لَا يُؤَثِّرُ فِي)(٣) عَيْنِ السِّلْعَةِ مِمَّا لَا يُمْكِنُ الْبَائِعُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ؛ كَحَمْلِ الْمَتَاعِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ، وَكِرَاءِ الْبُيُوتِ الَّتِي تُوضَعُ فيها.

وَأَمَّا **مَا لَا يَحْتَسِبُ فِيهِ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا**، فَمَا لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي عَيْنِ السِّلْعَةِ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ بِنَفْسِهِ؛ كَالسَّمْسَرَةِ، [أ/ ٣٨٤ظ] وَالطَّيِّ، وَالشَّدِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: بَلْ يَحْمِلُ عَلَى ثَمَنِ السِّلْعَةِ كُلَّ مَا نَابَهُ عَلَيْهَا(٤).

---

(١) ينظر تفصيل ذلك في: «التلقين» (ص٣٩٣)، «مناهج التحصيل» (٧/ ٧)، «التاج والإكليل» (٤/ ٤٨٩).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م)، كأنه انتقال نظر.

(٤) قال السمرقندي: «ثم الأصل أنَّ كل نفقة ومؤونة حصلت في السلعة، وأوجبت زيادة في المعقود عليه: إما من حيث العين أو من حيث القيمة، وكان ذلك معتادًا إلحاقًا برأس المال عند التجارة؛ فإنه يلحق برأس المال كأجرة القِصارة والخياطة والكراء وطعام الرقيق وكسوتهم وعلف الدواب وثيابهم ونحو ذلك، فبيعه مرابحة عليه، ولا يقول عند البيع: إن ثمنه كذا، ولكن يقول: يقوم عليَّ بكذا فأبيعك على هذا، =

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: لَا تَجُوزُ الْمُرَابَحَةُ إِلَّا بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ السِّلْعَةَ فَقَطْ؛ إِلَّا أَنْ يَفْصِلَ وَيَفْسَخَ عِنْدَهُ إِنْ وَقَعَ قَالَ: لِأَنَّهُ كَذِبٌ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ لَهُ: ثَمَنُ سِلْعَتِي بِكَذَا وَكَذَا، وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ، وَهُوَ عِنْدَهُ مِنْ بَابِ الْغِشِّ[(١)].

٢١٦٨ وَأَمَّا صِفَةُ رَأْسِ الثَّمَنِ الَّذِي يَجُوزُ أَنْ يُخْبِرَه بِهِ:

فَإِنَّ مَالِكًا، وَاللَّيْثَ[(٢)] قَالَا فِيمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بِدَنَانِيرَ، (وَالصَّرْفُ يَوْمَ اشْتَرَاهَا صَرْفٌ مَعْلُومٌ، ثُمَّ بَاعَهَا بِدَرَاهِمَ)[(٣)]، وَالصَّرْفُ قَدْ تَغَيَّرَ إِلَى زِيَادَةٍ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْلِمَ يَوْمَ بَاعَهَا بِالدَّنَانِيرِ الَّتِي اشْتَرَاهَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْكَذِبِ وَالْخِيَانَةِ، وَكَذَلِكَ إِنِ اشْتَرَاهَا [ب/٣٣٦و] بِدَرَاهِمَ ثُمَّ بَاعَهَا بِدَنَانِيرَ؛ وَقَدْ تَغَيَّرَ الصَّرْفُ.

[٢١٦٨/أ] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[(٤)] مِنْ هَذَا الْبَابِ فِيمَنْ بَاعَ[(٥)] سِلْعَةً بِعُرُوضٍ؛ هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً أَمْ لَا يَجُوزُ؟

= مع ربح كذا؛ حتى لا يكون كاذبًا في كلامه». «تحفة الفقهاء» (٢/ ١١٠). وانظر: «البحر الرائق» (٦/ ١١٩).

(١) انظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٦٢).

(٢) قال في «النوادر والزيادات» (١/ ٣٤٨): «وإذا نقد دراهم عن دنانير، فليبع على ما نقد.
قال محمد: وإن لم يسم ما وقع به البيع، إذا لم يحابه فِي الصرف.
وقال مالك مثله: إذا نقده طعامًا يكال أو يوزن. والذي عليه أصحابه أنَّ ذلك كالبيع». وانظر: «الذخيرة» (٥/ ١٧٤)، «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩١).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) قال في «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٠٥): «ومن اشترى سلعة بعرض من العروض لم يبعها مرابحة؛ حتى يبين. فإن بيَّن جاز، وكان على المشتري مثل تلك السلعة فِي صفتها، ويكون على ما سمَّيا من الربح. وغير مالك لا يجيز ذلك؛ لأنه بيع على مثل تلك السلعة في غير سَلَم مضمون؛ فأشبه بيع ما ليس عندك، وهو قول أشهب». وانظر: «شرح مختصر خليل» (٥/ ١٧١).

(٥) في (أ): «اشترى».

[٢١٦٨/ب] وَإِذَا قُلْنَا بِالْجَوَازِ:

فَهَلْ يَجُوزُ بِقِيمَةِ الْعَرَضِ، أَوْ بِالْعَرَضِ نَفْسِهِ؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(١): يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهَا عَلَى مَا اشْتَرَاهُ بِهِ مِنَ الْعُرُوضِ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْقِيمَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ(٢): لَا يَجُوزُ لِمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بِشَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِعَرَضٍ عَلَى صِفَةِ عَرَضِهِ، [م/٢١٣و] وَفِي الْغَالِبِ لَيْسَ يَكُونُ عِنْدَهُ، فَهُوَ مِنْ بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ.

[٢١٦٨/ج] وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ فِيمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بِدَنَانِيرَ، فَأَخَذَ(٣) البائع(٤) (فِي الدَّنَانِيرِ)(٥) عُرُوضًا أَوْ دَرَاهِمَ؛ هَلْ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهَا مُرَابَحَةً، دُونَ أَنْ يُعْلَم بِمَا نَقَدَ أَمْ لَا يَجُوزُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٦): لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُعْلِمَ مَا نَقَدَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧): يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْهُ مُرَابَحَةً عَلَى الدَّنَانِيرِ الَّتِي ابْتَاعَ بِهَا السِّلْعَةَ، دُونَ الْعُرُوضِ الَّتِي أَعْطَى فِيهَا أَوِ الدَّرَاهِمِ.

---

(١) «شرح مختصر خليل» (٥/ ١٧٢).

(٢) انظر: «الجامع في مسائل المدونة» (١٣/ ٨٨٣)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٠٥).

(٣) في (م): «فأعطى».

(٤) من (أ).

(٥) في (ب): «بالدنانير».

(٦) قال الموَّاق: «ولو عقد بدراهم، ثم نقد عرضًا: لم يبع على ما نقد؛ حتى يبين. واختلف هل يبيع على ما عقد؟ منعه في «المدونة»، وأجازه في كتاب محمد. وإن نقد طعامًا فليبع على ما عقد كالدنانير والدراهم. وقال محمد: الطعام في هذا كالسلع، وإن اشترى بعرض فنقد عينًا أو عرضًا أو شيئًا مما يكال أو يوزن؛ فظاهر قوله في «المدونة»: أن لا يبيع على أحدهما حتى يبيِّن». «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩١). وانظر: «شرح مختصر خليل» (٥/ ١٧٦).

(٧) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٠٦)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣٣).

وقَالَ مَالِكٌ(١) أَيْضًا فِيمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بِأَجَلٍ فَبَاعَهَا مُرَابَحَةً: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يُعْلِمَ بِالْأَجَلِ.

وَقَالَ الأوزاعي(٢): إِنْ وَقَعَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي مِثْلُ أَجَلِهِ.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ(٣): هُوَ كَالْعَيْبِ وَلَهُ الرَّدُّ بِهِ.

وَفِي هَذَا الْبَابِ فِي الْمَذْهَبِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ، لَيْسَتْ مِمَّا قَصَدْنَاهُ.

الْبَابُ الثَّانِي:

٢١٦٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنِ ابْتَاعَ سِلْعَةً مُرَابَحَةً عَلَى ثَمَنٍ ذَكَرَهُ البائع(٤)، ثُمَّ ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ - إِمَّا بِإِقْرَارِهِ وَإِمَّا بِبَيِّنَةٍ - أَنَّ الثَّمَنَ كَانَ أَقَلَّ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ:

فَقَالَ مَالِكٌ، وَجَمَاعَةٌ(٥): الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ: إِمَّا أَنْ يَأْخُذَ(٦) (بِالثَّمَنِ الَّذِي صَحَّ، أَوْ يَتْرُكَ؛ إِذَا لَمْ يُلْزِمْهُ الْبَائِعُ أَخْذَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي صَحَّ، وَإِنْ أَلْزَمَهُ لَزِمَهُ)(٧)

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَزُفَرُ(٨): بَلِ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَلَا يَلْزَمُهُ الْأَخْذُ بِالثَّمَنِ [أ/٣٨٥و] الَّذِي إِنْ أَلْزَمَهُ الْبَائِعُ لَزِمَهُ.

---

(١) قال مالك: من اشترى سلعة بثمن إلى أجل فليبيِّن ذلك في المرابحة. فإن باعها بالنقد ولم يبيِّن، فالبيع مردود. «التاج والإكليل» (٦/٤٣٨). وانظر: «المقدمات الممهدات» (٢/١٢٨).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٦٤). (٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٦٤).

(٤) ليست في (م).

(٥) «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٧٠٦)، «التاج والإكليل» (٦/٤٤٣).

(٦) في (ب): «يأخذها».

(٧) في (م): «بجميع الثمن أو يرده؛ إلا أن يحط عنه البائع الزيادة وربحها وتلزمه بالثمن الذي صح إن ألزمه ذلك البائع».

(٨) «مختصر القدوري» (ص٦٧)، «البناية شرح الهداية» (٨/ ٢٣٦).

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[١]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[٢]، وَأَحْمَدُ[٣]، وَجَمَاعَةٌ[٤]: بَلْ يَبْقَى الْبَيْعُ لَازِمًا لَهُمَا بَعْدَ حَطِّ الزِّيَادَةِ.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ الْقَوْلَانِ[٥]: الْقَوْلُ بِالْخِيَارِ مُطْلَقًا، وَالْقَوْلُ بِاللُّزُومِ بَعْدَ الْحَطِّ.

فَحُجَّةُ مَنْ أَوْجَبَ الْبَيْعَ بَعْدَ الْحَطِّ: أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِنَّمَا أَرْبَحَهُ عَلَى مَا ابْتَاعَ بِهِ السِّلْعَةَ لَا غَيْرَ ذَلِكَ، فَلَمَّا ظَهَرَ خِلَافُ مَا قَالَ: وَجَبَ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الَّذِي ظَهَرَ، كَمَا لَوْ أَخَذَ بِكَيْلٍ مَعْلُومٍ؛ فَخَرَجَ بِغَيْرِ ذَلِكَ الْكَيْلِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَوْفِيَةُ ذَلِكَ الْكَيْلِ.

وَحُجَّةُ مَنْ رَأَى أَنَّ الْخِيَارَ مُطْلَقًا: تَشْبِيهُ الْكَذِبِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِالْعَيْبِ - أَعْنِي: أَنَّهُ كَمَا يُوجِبُ الْعَيْبُ الْخِيَارَ، كَذَلِكَ يُوجِبُ الْكَذِبَ.

٢١٧٠ وَأَمَّا إِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَحُطُّ مِقْدَارَ مَا زَادَ مِنَ الثَّمَنِ، وَمَا وَجَبَ مِنَ الرِّبْحِ[٦].

وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْقَبْضِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ - عَلَى خِلَافٍ عَنْهُ - فِي ذَلِكَ مِثْلَ مَا وَزَنَ الْمُبْتَاعُ أَوْ أَقَلَّ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ خُيِّرَ الْبَائِعُ بَيْنَ رَدِّهِ لِلْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ، أَوْ رَدِّهِ الثَّمَنَ، أَوْ إِمْضَائِهِ السِّلْعَةَ بِالثَّمَنِ الَّذِي صَحَّ[٧].

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٦٥).

(٢) ذكر أبو عبد الله المروزي هذه المسألة فقال: إذا أقرَّ البائع أنه كذب فِي الشراء وزاد وقامت بذلك بيِّنة، فذلك كله سواء عند بن أبي ليلى وأبي يوسف والشافعي وعُبَيد الله بن الحسن وأحمد بن حنبل وأبي ثور، كلهم يقول: تحط عن المشتري الزيادة التي كذب فيها البائع، وما أصابها من الربح. انظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٦٥).

(٣) انظر: «المستوعب» (١/ ٦٨٨)، «المغني» (٤/ ٣٤).

(٤) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٤٦٥).

(٥) «بحر المذهب» (٤/ ٥٧٢)، «أسنى المطالب» (٢/ ٩٣).

(٦) «نهاية المطلب» (٥/ ٢٩٨)، «روضة الطالبين» (٣/ ٥٣٥).

(٧) علل الدسوقي، فقال: «. . . . فالفرق بين الغش والكذب؛ حيث اعتبرت القيمة فيهما =

٢١٧١ وَأَمَّا إِذَا بَاعَ الرَّجُلُ سِلْعَةً مُرَابَحَةً، ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ ثَمَنَهَا أَكْثَرُ مِمَّا ذَكَرَهُ، وَأَنَّهُ وَهِمَ فِي ذَلِكَ وَهِيَ قَائِمَةٌ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): لَا يَسْمَعُ مِنْ تِلْكَ الْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا(٢).

وَقَالَ مَالِكٌ: يَسْمَعُ مِنْهَا، وَيُجْبَرُ الْمُبْتَاعُ عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنِ(٣).

وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ آخَرُ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٤) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ إِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ: إِنَّ الْمُبْتَاعَ يُخَيَّر بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَةَ السِّلْعَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا، أَوْ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي صَحَّ.

فَهَذِهِ هِيَ مَشْهُورَاتُ مَسَائِلِهِمْ فِي هَذَا الْبَابِ.

٢١٧٢ وَمَعْرِفَةُ أَحْكَامِ هَذَا الْبَيْعِ، تَنْبَنِي فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ، عَلَى:

(١) مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ ثَلَاث مَسَائِلَ.

(٢) وَمَا تَرَكَّبَ مِنْهَا.

(الثلاث مسائل):

(أ) حُكْمُ(٥) مَسْأَلَةِ الْكَذِبِ

(ب) وَحُكْمُ مَسْأَلَةِ الْغِشِّ

(ج) وَحُكْمُ مَسْأَلَةِ وُجُودِ الْعَيْبِ.

فَأَمَّا **حُكْمُ الْكَذِبِ**: فَقَدْ تَقَدَّمَ.

= يوم القبض، وبين الغلط حيث اعتبرت القيمة فيه يوم البيع». «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ١٦٩)، وانظر: «بلغة السالك» (٣/ ٧٧).

(١) فِي (م): «مالك».

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٥٣٥)، «نهاية المحتاج» (٤/ ١١٦).

(٣) «التاج والإكليل» (٦/ ٤٤٢).

(٤) انظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٧٠٦).

(٥) يعني الحكم الوضعي، وهو ما يترتب عليه من الآثار، كما لا يخفى.

وَأَمَّا **حُكْمُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ**: فَهُوَ حُكْمُهُ فِي الْبَيْعِ[(١)] الْمُطْلَقِ.

وَأَمَّا **حُكْمُ الْغِشِّ عِنْدَهُ**: فَهُوَ تَخْيِيرُ المبتاعِ[(٢)] مُطْلَقًا، وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُلْزِمَهُ الْبَيْعَ وَإِنْ حَطَّ عَنْهُ مِقْدَارَ الْغِشِّ، كَمَا لَهُ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْكَذِبِ، هَذَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ.

[٢١٧٢/...] وَأَمَّا عِنْدَ أَشْهَبَ:

فَإِنَّ الْغِشَّ عِنْدَهُ يَنْقَسِمُ [أ/ ٣٨٥ظ] **قِسْمَيْنِ**:

قِسْمٌ مُؤَثِّرٌ فِي الثَّمَنِ، وَقِسْمٌ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ.

فَأَمَّا غَيْرُ الْمُؤَثِّرِ: فَلَا حُكْمَ عِنْدَهُ فِيهِ.

وَأَمَّا الْمُؤَثِّرُ: فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْكَذِبِ[(٣)].

(٢) وَأَمَّا [ب/ ٣٣٦ظ] **الَّتِي تَتَرَكَّبُ، فَهِيَ أَرْبَعُ مَسَائِلَ**:

(أ) كَذِبٌ وَغِشٌّ.

(ب) وَكَذِبٌ وَتَدْلِيسٌ.

(ج) وَغِشٌّ وَتَدْلِيسٌ بِعَيْبٍ.

(د) وَكَذِبٌ وَغِشٌّ وَتَدْلِيسٌ بِعَيْبٍ[(٤)].

وَأَصْلُ [م/ ٢١٣ظ] مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيهَا:

أَنَّهُ يَأْخُذُ بِالَّذِي بَقِيَ حُكْمُهُ إِنْ كَانَ فَاتَ بِحُكْمِ أَحَدِهِمَا.

أو بِالَّذِي بَقِيَ حُكْمُهُ.

---

(١) في (أ): «العيب».

(٢) في (م): «البائع».

(٣) انظر: «المقدمات الممهدات» (٢/ ١٣٠).

(٤) ومن ثم: فجميعها مبني على سبع مسائل: مسألة كذب، ومسألة غش، ومسألة عيب، ومسألة كذب وغش، ومسألة كذب وعيب، ومسألة عيب وغش، ومسألة كذب وغش وعيب. ينظر: «الذخيرة» (٥/ ١٦٨ ـ ١٧٠).

أَوْ بِالَّذِي هُوَ أَرْجَحُ لَهُ إِنْ لَمْ يَفُتْ حُكْمُ أَحَدِهِمَا:
إِمَّا عَلَى التَّخْيِيرِ حَيْثُ يُمْكِنُ التَّخْيِيرُ.
أَوِ الْجَمْعِ حَيْثُ يُمْكِنُ الْجَمْعُ.
وَتَفْصِيلُ هَذَا لَائِقٌ بِكُتُبِ الْفُرُوعِ - أَعْنِي: مَذْهَبَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ.
انْتَهَى (الْقَوْلُ، وَالْحَمْدُ للهِ كَثِيرًا)[1].

۞ ۞ ۞

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ بَيْعِ الْعَرِيَّةِ

٢١٧٣ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي مَعْنَى الْعَرِيَّةِ(٢)، وَالرُّخْصَةِ الَّتِي أَتَتْ فِيهَا فِي السُّنَّةِ(٣):

فَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْوَهَّابِ الْمَالِكِيُّ(٤) أَنَّ الْعَرِيَّةَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ: أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ، أَوْ نَخَلَاتٍ مِنْ حَائِطِهِ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ، فَيَجُوزُ لِلْمُعَرَّى شِرَاؤُهَا مِنَ الْمُعَرِّي لَهُ بِخَرْصِهَا تَمْرًا، عَلَى شُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ:

(١) **أَحَدُهَا**: أَنْ تُزْهِيَ.

(٢) **وَالثَّانِي**: أَنْ تَكُونَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَأَدْنَى، فَإِنْ زَادَتْ فَلَا يَجُوزُ.

(٣) **وَالثَّالِثُ**: أَنْ يُعْطِيَهُ الثَّمَنَ(٥) الَّذِي يَشْتَرِيهَا بِهِ عِنْدَ الْجِذَاذِ، فَإِنْ أَعْطَاهُ نَقْدًا لَمْ يَجُزْ.

(٤) **الرَّابِعُ**: أَنْ يَكُونَ التَّمْرُ(٦) مِنْ صِنْفِ تَمْرِ(٧) الْعَرِيَّةِ، وَنَوْعِهَا.

فَعَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ: الرُّخْصَةُ فِي الْعَرِيَّةِ إِنَّمَا هِيَ فِي حَقِّ الْمُعَرِّي فَقَطْ(٨). وَالرُّخْصَةُ فِيهَا: إِنَّمَا هِيَ اسْتِثْنَاؤُهَا مِنَ الْمُزَابَنَةِ، وَهِيَ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ الْجَافِّ الَّذِي وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهُ، وَهُوَ مِنْ صِنْفَيِ(٩) الرِّبَا أَيْضًا ـ أَعْنِي: التَّفَاضُلَ وَالنَّسَاءَ ـ

---

(١) ما بين القوسين من (م).
(٢) ينظر: «الاستذكار» (٦/ ٣١٥ ـ ٣١٦).
(٣) سيأتي تخريجه.
(٤) في «عيون المجالس» (ص٥٦٩).
(٥) في (أ): «التمر».
(٦) في (ب): «التمر».
(٧) في (ب): «تمر».
(٨) من (م).
(٩) في (أ): «صفة».

وَذَلِكَ أَنَّه بَيْعُ تَمرٍ مَعْلُومِ الْكَيْلِ بِتَمْرٍ مَعْلُومٍ بِالتَّخْمِينِ ـ وَهُوَ الْخَرْصُ؛ فَيَدْخُلُهُ بَيْعُ الْجِنْسِ مُتَفَاضِلًا، وَهُوَ أَيْضًا تَمْرٌ بِتَمْرٍ إِلَى أَجَلٍ.

فَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ فِيمَا هِيَ الْعَرِيَّةُ، وَمَا هِيَ الرُّخْصَةُ فِيهَا، (وَلِمَنِ الرُّخْصَةُ فِيهَا)(١).

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ(٢): فَمَعْنَى الرُّخْصَةِ الْوَارِدَةِ عِنْدَهُ فِيهَا لَيْسَتْ لِلْمُعَرِّي خَاصَّةً(٣)، وَإِنَّمَا هِيَ لِكُلِّ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ (هَذَا الْقَدْرَ)(٤) مِنَ التَّمْرِ ـ أَعْنِي: (الخَمْسَةَ الْأَوْسُقِ)(٥) أَوْ مَا دُونَ ذَلِكَ ـ بِتَمْرٍ مِثْلِهَا.

ويرى أَنَّ الرُّخْصَةَ فِيهَا إِنَّمَا هِيَ مُعَلَّقَةٌ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنَ التَّمْرِ، لِضَرُورَةِ النَّاسِ أَنْ يَأْكُلُوا رُطَبًا، وَذَلِكَ لِمَنْ لَيْسَ عِنْدَهُ رُطَبٌ وَلَا تَمْرٌ، يَشْتَرِي بِهِ الرُّطَبَ. [أ/٣٨٦و] وَالشَّافِعِيُّ يَشْتَرِطُ فِي إِعْطَاءِ التَّمْرِ الَّذِي تُبَاعُ فِي الْعَرِيَّةِ: أَنْ يَكُونَ نَقْدًا، وَيَقُولُ: إِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ.

وَالْعَرِيَّةُ عِنْدَ مَالِكٍ(٦) جَائِزَةٌ فِي كُلِّ مَا يَيْبَسُ وَيُدَّخَرُ.

وَهِيَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٧) فِي التَّمْرِ وَالْعِنَبِ فَقَطْ.

[٢١٧٣/أ] **وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهَا** فِيمَا دُونَ الْخَمْسَةِ الْأَوْسُقِ عِنْدَ

---

(١) من (م).

(٢) «المهذب» (١/ ٣٢٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٦٤).

(٣) ليست في (أ).

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ٤٣٣)، «الخرشي» (٦/ ١٢١)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٦٨).
وهو مذهب الحنابلة: «المغني» (٥/ ١٢٨)، «الإنصاف» (٦/ ١٠٢).
وذهب بعض الحنفية إلى أن العاريَّة واجبة.
وقال ابن تيمية: تجب العارية مع غنى المالك، وهو أحد القولين في مذهب أحمد.
«حاشية ابن عابدين» (٨/ ٣٨١)، «مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر» (٣/ ٤٨٠)، «الإنصاف» (٦/ ١٠٢)، «الاختيارات الفقهية» (ص١٥٨).

(٧) «البيان» (٦/ ٥١٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٦٤)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٢٤).

مَالِكٍ[(١)]، وَالشَّافِعِيِّ[(٢)].

(وَعَنْهُمَا: الْخِلَافُ إِذَا كَانَتْ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ:

فَرُوِيَ [ب/٣٣٧و] الْجَوَازُ عَنْهُمَا)[(٣)].

وَرُوِيَ عَنْهُمَا الْمَنْعُ[(٤)].

وَالْأَشْهَرُ عَنْ[(٥)] مَالِكٍ الْجَوَازُ[(٦)].

[٢١٧٣/ب] فَالشَّافِعِيُّ[(٧)] يُخَالِفُ مَالِكًا فِي الْعَرِيَّةِ[(٨)]، فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ:

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٣٣). (٢) «الحاوي» (٧/ ١١٥).

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٤) «الذخيرة»، للقرافي (٦/ ١٩٧)، «الحاوي» (٧/ ١١٧).

(٥) في (ب): «عند».

(٦) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الذخيرة»، للقرافي (٦/ ١٩٧)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٢٠).

(٧) «الحاوي» (٧/ ١١٥ ـ ١١٧).

(٨) ذكر الشافعي في «الرسالة» (٩١١) احتمالين في الطريق إلى جواز العرايا: أنها رخصة، أو أنه من باب العام الذي أريد به الخاص.

وذكر الشافعي في موضع آخر من «الرسالة» (الفقرات: ١٦٢٣ ـ ١٦٢٦) ورجّح ما ذكره هنا أيضًا، لكنه اختار أنه من باب العام الذي أريد به الخاص، فقال (١٦٢٦ فقرة): «قلت: يحتمل وجهين: أولاهما به عندي ـ والله أعلم ـ أن يكون ما نهى عنه جملةً **أراد به ما سوى العرايا**، ويحتمل أن يكون أَرْخص فيها بعد وجوبها في جملة النهي، وأيَّهما كان: فعلينا طاعته بإحلال ما أحل، وتحريم ما حَرَّم».اهـ.

ومع أنه اختار هنا أنه من باب العام الذي أريد به الخاص، فقد ذكر أن ذلك رخصة في مواضع كثيرة منها: قوله فِي «الرسالة» (١٦٢٤): «فرخَّصنا في العرايا بإرخاصه، وهي بيع الرطب بالتمر». وفِي «الرسالة» (١٦٠٧ ـ ١٦٠٨) بعد قوله: «قال: فما الخبر الذي لا يقاس عليه؟

قلت: ما كان لله فيه حكمٌ منصوص، ثم كانت لرسول الله سنة بتخفيفٍ في بعض الفرض دون بعض عُمِلَ بالرخصة فيما رخَّص فيه رسول الله دون ما سواها».

ذكر من أمثلة هذه الرخص بيع العرايا.

وفي «الأم» (٣/ ٥٦): «والعريَّة الَّتي رخَّص رسول اللهِ ﷺ في بيعها...». =

= وقد ناقش بعض علماء الشافعية الوجهين اللذين احتملهما الشافعي، وذلك بناءً على استشكال تصريح الشافعي: بأنها رخصة في المواضع التي نقلناها، ورجَّحوا خلاف ما جعله الشافعي أولى ـ (وهو أنه من العام الذي أريد به الخصوص).

واعتذر بعضهم له بعدم بلوغه الخبر، وهو حديث زيد بن ثابت، عن رسول الله ﷺ، «أنه رخَّص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب، أو بالتمر، ولم يرخص في غير ذلك».

رواه مسلم (برقم: ١٥٣٩)؛ فقد نصَّ الخبر على أنه رخصة.

قال ابن السبكي في «تكملة المجموع» (١١/ ١٣): «فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت في مسلم: أن الرخصة كانت بعد ذلك؛ وقد قال الشافعي: إن أولى الوجهين عنده أن يكون ما نهى عنه جملة أراد به ما سوى العرايا، وحديث زيد يقتضي أن يكون الثاني هو الأولى، بل المتعين».

وحديث زيد بهذا اللفظ: لم يروه الشافعي فِي «الأم»، ولا فِي «الرسالة»، وبناءً على هذا: ذهب جمهور الشافعية إلى أنها رخصة، قال الإسنوي في «نهاية السول» (ص٣٤): «والصواب: تمثيله بالسَّلَم والعرايا والإجارة وشبه ذلك من العقود، فإنها رخصة بلا نزاع؛ لأنَّ السلم والإجارة عقدان على معدوم مجهول والعرايا بيع الرطب بالتمر، فجوِّزت للحاجة إليها، وقد ثبت التصريح بذلك في الحديث الصحيح».

والمقصود بقول الإسنوي هنا: «بلا نزاع» يعني: عند أئمة الشافعية. وينظر: «الحاوي»، للماوردي (٥/ ٢١٥).

قال الماوردي فِي «الحاوي» (٥/ ٢١٣، ٢١٤): «والعرايا على ثلاثة أقسام: مواساة، ومحاباة، ومراضاة:

فأما المواساة: فهي أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء، أو يمنح به قومًا بأعيانهم من المساكين ويفرده عن باقي ملكه، فيصير عرية متميزة وهذا مستحب، وقد روي عن النبي ﷺ أنه كان يقول لخرَّاصه: خففوا الخرص؛ فإن في المال العرية والوصية.

وأما **المحاباة**: وهو أن الخُرَّاص كانوا إذا خرَّصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عرية لا تخرص عليه، ليأكلها؛ علمًا بأنه سيتصدق منها بأكثر من ثلثها، وهذا جائز؛ قد روى سهل بن أبي حثمة: أن النبي ﷺ قال: «**إذا خرَّصتم: فدعوا لهم الثلث، فدعوا لهم الربع**».

وأما **المراضاة**: فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المزاد منها، فذهب الشافعي إلى أنها بيع الرطب خرصًا على رؤوس النخل بمكيله تمرًا على الأرض في خمسة أوسق، أو أقل مع تعجيل القبض. =

أَحَدُهَا: فِي سَبَبِ الرُّخْصَةِ كَمَا قُلْنَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْعَرِيَّةَ الَّتِي رَخَّصَ فِيهَا لَيْسَتْ هِبَةً، (وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ هِبَةً)(١) عَلَى التَّجَوُّزِ.

وَالثَّالِثُ: فِي اشْتِرَاطِ النَّقْدِ عِنْدَ الْبَيْعِ.

وَالرَّابِعُ: فِي مَحِلِّهَا. فَهِيَ عِنْدَهُ ـ كَمَا قُلْنَا: فِي التَّمْرِ وَالْعِنَبِ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ: فِي كُلِّ مَا يُدَّخَرُ وَيَيْبَسُ.

وَأَمَّا أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ(٢): فَيُوَافِقُ مَالِكًا فِي أَنَّ الْعَرِيَّةَ عِنْدَهُ هِيَ الْهِبَةُ، وَيُخَالِفُهُ فِي أَنَّ الرُّخْصَةَ إِنَّمَا هِيَ عِنْدَهُ فِيهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ(٣) ـ أَعْنِي: الْمُعَرَّى لَهُ، لَا الْمُعَرِّي. وَذَلِكَ: أَنَّهُ يَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِمَّنْ شَاءَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، لَا مِنَ الْمُعَرِّي خَاصَّةً ـ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(٤): فَيُوَافِقُ مَالِكًا فِي أَنَّ الْعَرِيَّةَ هِيَ الْهِبَةُ، وَيُخَالِفُهُ فِي صِفَةِ الرُّخْصَةِ.

= وقال مالك: العرية أن تهب رجلًا ثمر نخلات من حائط فتتم الهبة عنده بالقبول وحده، ثم يكره مشاركة غيره، ولا يقدر على الرجوع في هبته، فله أن يبتاع ذلك جبرًا بخرصه تمرًا، ويجريه مجرى الشفعة خوفًا من سوء المشاركة.

وقال أبو حنيفة: بل هذه العرية أن تهب الرجل ثمر نخلات لا يقبضها، ثم يبدو له فكرة الرجوع فيها فيتراضيا على تركها ودفع خرصها تمرًا مكانها فيجوز.

فأما بيع الرطب على النخل خرصًا بمثله من التمر كيلًا فلا يجوز، استدلالًا بحديث نافع، عن ابن عمر: أنَّ رسول الله ـ ﷺ: «نهى عن المزابنة».

والمزابنة: بيع التمر بالتمر كيلًا، وبيع الكرم بالزبيب كيلًا، وهذا عام». اهـ.

(١) من (م).

(٢) «المبدع» (٧/ ١٣٧)، «الإنصاف» (٦/ ١٠٢).

(٣) من (م).

(٤) «المبسوط» (١١/ ١٣٣)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٨٣)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٣)، «فتح القدير» (٦/ ٢٢٣)، «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٢٠).

وَذَلِكَ: أَنَّ الرُّخْصَةَ فِيهَا عِنْدَهُ لَيْسَتْ هِيَ مِنْ بَابِ اسْتِثْنَائِهَا مِنَ الْمُزَابَنَةِ، وَلَا هِيَ فِي الْجُمْلَةِ فِي الْبَيْعِ.

وَإِنَّمَا الرُّخْصَةُ عِنْدَهُ فِيهَا مِنْ بَابِ رُجُوعِ الْوَاهِبِ فِي هِبَتِهِ؛ إِذَا كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لَمْ [م/ ٢١٤و] يَقْبِضْهَا، وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ بِبَيْعٍ، وَإِنَّمَا هِيَ رُجُوعٌ فِي الْهِبَةِ عَلَى صِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ، وَهُوَ أَنْ يُعْطِيَ بَدَلَهَا تَمْرًا بِخَرْصِهَا.

وَعُمْدَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي الْعَرِيَّةِ: أَنَّهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَ: سُنَّتُهَا(١) الْمَشْهُورَةُ عِنْدَهُمْ بِالْمَدِينَةِ، قَالُوا: وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يَهَبُ النَّخَلَاتِ مِنْ حَائِطِهِ، فَيَشُقُّ عَلَيْهِ دُخُولُ الْمَوْهُوبِ لَهُ عَلَيْهِ، فَأُبِيحَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِخَرْصِهَا تَمْرًا عِنْدَ الْجِذَاذِ.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لَهُ فِي أَنَّ الرُّخْصَةَ إِنَّمَا هِيَ لِلْمُعَرِّي: حَدِيثُ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ(٢): «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ (التَّمْرِ بِالتَّمْرِ)(٣)؛ إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَبًا»(٤).

قَالُوا: فَقَوْلُهُ يَأْكُلُهَا أهلها رُطَبًا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ خَاصٌّ بِمُعَرِّيهَا؛ لِأَنَّهُمْ فِي ظَاهِرِ هَذَا الْقَوْلِ أَهْلُهَا.

[٢١٧٣/ج] وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ أَهْلَهَا هُمُ الَّذِينَ اشْتَرَوْهَا كَائِنًا مَنْ كَانَ، لَكِنَّ قَوْلَهُ **(رُطَبًا)** هُوَ تَعْلِيلٌ، لَا يُنَاسِبُ الْمُعَرِّي.

وَعَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ(٥) هُوَ مُنَاسِبٌ، وَهُمُ الَّذِينَ لَيْسَ عِنْدَهُمْ رُطَبٌ وَلَا ثَمْرٌ(٦) يَشْتَرُونَهَا [أ/ ٣٨٦ظ] بِهِ، (وَلِذَلِكَ كَانَت هذه الْحُجَّةُ لِلشَّافِعِيِّ)(٧).

وَأَمَّا أَنَّ الْعَرِيَّةَ عِنْدَهُ هِيَ الْهِبَةُ:

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) في (أ): «خيثمة».
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الثمر».
(٤) أخرجه البخاريُّ (٢١٩٢)، ومسلم (١٥٣٩).
(٥) «الحاوي» (٧/ ١١٧).
(٦) في (م): «ثمن».
(٧) ما بين القوسين ليس في (م).

فَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مِنَ اللُّغَةِ؛ فَإِنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ قَالُوا: الْعَرِيَّةُ هِيَ الْهِبَةُ.

[٢١٧٣/د] وَاخْتُلِفَ فِي تَسْمِيَتِهَا بِذَلِكَ:

فَقِيلَ: لِأَنَّهَا عَرِيَتْ(١) مِنَ الثَّمَنِ(٢).

وَقِيلَ: إِنَّهَا مَأْخُوذَةٌ مِنْ عَرَوْتَ الرَّجُلَ أَعْرُوهُ إِذَا سَأَلْتُهُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الْحَجِّ: ٣٦]. وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ مَالِكٌ نَقْدَ الثَّمَنِ عِنْدَ الْجِذَاذِ؛ (أَعْنِي: تَأْخِيرَهُ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ)(٣)؛ لِأَنَّهُ تَمْرٌ وَرَدَ الشَّرْعُ بِخَرْصِهِ، فَكَانَ مِنْ سُنَّتِهِ أَنْ يَتَأَجَّلَ إِلَى الْجِذَاذِ، أَصْلُهُ الزَّكَاةُ.

وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ لِأَنَّهُ مُصَادَمَةٌ بِالْقِيَاسِ لِأَصْلِ السُّنَّةِ.

وَعِنْدَهُ: أَنَّهُ إِذَا تَطَوَّعَ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ بِتَعْجِيلِ التَّمْرِ جَازَ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُهُ جَوَازَهَا فِي خَمْسَةِ الْأَوْسُقِ، أَوْ فِيمَا دُونَهَا:

فَلِمَا رَوَاهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ (أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا)(٤) فِيمَا دُونَ خَمْسَة، أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ»(٥).

وَإِنَّمَا كَانَ عَنْ مَالِكٍ(٦) فِي الْخَمْسَةِ الْأَوْسُقِ رِوَايَتَانِ، لِلشَّكِّ الْوَاقِعِ فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ مِنَ الرَّاوِي.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ ذَلِكَ الصِّنْفِ بِعَيْنِهِ إِذَا يَبِسَ، فَلِمَا رُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ: [ب/٣٣٧ظ] «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَخَّصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ (أَنْ يَبِيعَهَا)(٧) بِخَرْصِهَا تَمْرًا»، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ(٨).

---

(١) في (م): «أعيرت».
(٢) في (أ): «التمر».
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) مكانها بياض في (م).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الذخيرة»، للقرافي (٦/ ١٩٧)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٢٠).
(٧) ليست في (ب).
(٨) (برقم: ١٥٣٩).

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَعُمْدَتُهُ حَدِيثُ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، وَسَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ[١]، «عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ التَّمْرُ بِالتَّمْرِ إِلَّا أَصْحَابَ الْعَرَايَا، فَإِنَّهُ قَدْ[٢] أَذِنَ لَهُمْ». وَقَوْلُهُ فِيه[٣]: «**يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَبًا**»[٤].

وَالْعَرِيَّةُ عِنْدَهُمْ ـ هِيَ اسْمٌ لِمَا دُونَ خَمْسَةِ الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْعُرْفُ عِنْدَهُمْ أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ فِي الْغَالِبِ مِنْ نَخلَاتِهِ هَذَا الْقَدْرَ فَمَا دُونَهُ، خَصَّ هَذَا الْقَدْرَ الَّذِي جَاءَتْ فِيهِ الرُّخْصَةُ بِاسْمِ الْهِبَةِ لِمُوَافَقَتِهِ فِي الْقَدْرِ لِلْهِبَةِ.

وَقَدِ احْتَجَّ لِمَذْهَبِهِ بِمَا رَوَاهُ بِإِسْنَادٍ مُنْقَطِعٍ، عَنْ مَحْمُودِ بْنِ لَبِيدٍ: «أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِمَّا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَإِمَّا غَيْرُهُ: مَا عَرَايَاكُمْ هَذِهِ؟ قَالَ: فَسَمَّى[٥] رِجَالًا مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصَارِ شَكَوْا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّ الرُّطَبَ يأتي، وَلَيْسَ بِأَيْدِيهِمْ نَقْدٌ يَبْتَاعُونَ بِهِ الرُّطَبَ فَيَأْكُلُونَهُ مَعَ النَّاسِ، وَعِنْدَهُمْ فَضْلٌ مِنْ قُوتِهِمْ مِنَ التَّمْرِ، فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ[٦] الَّذِي بِأَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَهَا رُطَبًا، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ تَأْخِيرُ نَقْدِ التَّمْرِ[٧]؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً»[٨].

---

(١) في (أ): «خيثمة». (٢) من (م).

(٣) في (م): «فيها».

(٤) أخرجه البخاريُّ (٢١٧٣)، ومسلمٌ (١٥٣٩).

(٥) في (م): «يسمي».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الثمر».

(٧) في (أ): «الثمن»، وفي (ب): «التمر».

(٨) قال الحافظ ابن حَجَر في «التلخيص» (٣/ ٨١): «ذكره البيهقي في المعرفة (٤/ ٣٤٣)، عن الشافعي معلقًا أيضًا.
وقد أنكره محمد بن داود، على الشافعي.
وردَّ عليه ابن سريج إنكاره، ولم يذكر له إسنادًا. وقال ابن حزم: لم يذكر الشافعي له إسنادًا، فبطل أن يكون فيه حجة.
وقال الماوردي: لم يسنده الشافعي؛ لأنه نقله من السير».

وَأَمَّا أَحْمَدُ: فَحُجَّتُهُ ظَاهِرُ الْأَحَادِيثِ الْمُتَقَدِّمَةِ أَنَّهُ رَخَّصَ(١) [أ/٣٨٧و] فِي الْعَرَايَا، وَلَمْ يَخُصَّ الْمُعَرِّيَ مِنْ غَيْرِهِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَلَمَّا لَمْ تَجُزْ عِنْدَهُ الْمُزَابَنَةُ، وَكَانَتْ إِنْ جُعِلَتْ بَيْعًا نَوْعًا مِنَ الْمُزَابَنَةِ رَأَى أَنَّ انْصِرَافَهَا إِلَى الْمُعَرِّي لَيْسَ هُوَ مِنْ بَابِ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ رُجُوعِ الْوَاهِبِ فِيمَا وَهَبَ بِإِعْطَاءِ خَرْصِهَا تَمْرًا(٢)، أَوْ تَسْمِيَتِهِ إِيَّاهَا بَيْعًا [م/٢١٤ظ] عِنْدَهُ مَجَاز.

وَقَدِ الْتَفَتَ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى - مَالِكٌ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ(٣)، فَلَمْ يُجِزْ بَيْعَهَا بِالدَّرَاهِمِ(٤) وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ سِوَى الْخَرْصِ.

وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ: جَوَازَ ذَلِكَ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ هَذَا مِنْ بَابِ تَغْلِيبِ الْقِيَاسِ عَلَى الْحَدِيثِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ خَالَفَ الْأَحَادِيثَ فِي مَوَاضِعَ مِنْهَا أَنَّهُ لَمْ يُسَمِّهَا بَيْعًا، وَقَدْ نَصَّ الشَّارِعُ عَلَى تَسْمِيَتِهَا بَيْعًا.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا(٥)، وَعَلَى مَذْهَبِهِ لَا تَكُونُ الْعَرِيَّةُ اسْتِثْنَاءً مِنَ الْمُزَابَنَةِ؛ لِأَنَّ الْمُزَابَنَةَ هِيَ فِي الْبَيْعِ.

وَالْعَجَبُ مِنْهُ: أَنَّهُ سَهْلٌ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَثْنِيَهَا مِنَ النَّهْيِ عَنِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ الَّتِي لَمْ يَقَعْ فِيهَا اسْتِثْنَاءٌ بِنَصٍّ، وَعَزَّ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَثْنِيَهَا مِمَّا اسْتَثْنَى مِنْهُ الشَّارِعُ، وَهِيَ الْمُزَابَنَةُ [ب/٣٣٨و].

(انْتَهَى الْقَوْلُ فِي الْعَرِيَّةِ)(٦).

۞ ۞ ۞

---

(١) في (ب): «أرخص».
(٢) من (م).
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عنده».
(٤) في (م): «بالدنانير والدراهم».
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) من (م).

الفهرس